



**INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO – ICPD
CENTRO DE EXTENSÃO APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO –
CESAPE**

Edward Marcones Santos Gonçalves

**UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA SÚMULA 289 DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**Brasília
abr. 2007**

Edward Marcones Santos Gonçalves

**UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA SÚMULA 289 DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário
de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-
requisito para a obtenção de Certificado de
Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato*
Sensu, na área de Direito Previdenciário
Orientador: José Augusto Delgado

Brasília
abr. 2007

Edward Marcones Santos Gonçalves

Uma Análise Constitucional da Súmula 289 do Superior Tribunal de Justiça

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu*, na área de Direito Previdenciário
Orientador: José Augusto Delgado

Brasília, 12 de abril de 2007.

Banca Examinadora

TÂNIA CRISTINA CRUZ

JOSÉ AUGUSTO PINTO DA CUNHA LYRA

CLARISSA TEIXEIRA KARNIKOWSKI

*Dedico o presente trabalho,
primeiramente a Deus, fonte primordial
do meu saber, bem como aos meus pais, e
minha esposa, Tatiana, pelo apoio e
compreensão nos momentos em que estive
ausente para a realização deste.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, em especial aos meus pais, Irene e Edward, por me oportunizarem a conclusão de mais esse curso.

Agradeço, ainda, meu orientador por acompanhar-me ao longo da elaboração do trabalho, com dedicação e correções para o meu crescimento profissional e intelectual

*“Embora ninguém possa voltar atrás e fazer
um novo começo, qualquer um pode
começar agora e fazer um novo fim.”*
Chico Xavier

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise da incidência da súmula 289, editada pelo Superior Tribunal de Justiça. Esta súmula versa acerca da correção monetária dos valores vertidos aos planos de benefícios das Entidades de Previdência Complementar pelos participantes que fazem o resgate das contribuições, determinando que o índice a ser utilizado deverá ser o que melhor reflete a inflação. Considerando que a previdência complementar se ramifica no âmbito aberto e fechado, verificar-se-á a constitucionalidade da súmula editada pelo Superior Tribunal de Justiça em relação às Entidades Fechadas. Para tanto, pautar-se-á na natureza das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, bem como na consequência da aplicação da referida súmula.

Palavras-chave: Direito Previdenciário. Previdência Complementar. Entidade Fechada. Resgate. Expurgos Inflacionários.

ABSTRACT

This monograph makes analyze of the occurrence of the summa number 289 of the Federal Superior Court of Brazil. The subject of the summa is about the monetary correction of the values delivered to the complementary pension plans by the participants who ask their money back, ordering that the index of correction should be the one which reflex better the inflation. Considering that the complementary pension plan can be opened and closed, it is going to check the constitutionality of the summa edited by the Federal Superior Court of Brazil. Therefore, the direction of the point of view of this work is going to be from the social function of the pension plan, as well as the consequence of the application of the summa questioned.

Key-words: Social Security Law, Pension Plan, Purge Inflation.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADIN	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
CGPC	– Conselho de Gestão da Previdência Complementar
CNSP	– Conselho Nacional de Seguros Privados
EAPC	– Entidade de Previdência Complementar
EC	– Emenda Constitucional
EFPC	– Entidade Fechada de Previdência Complementar
EPC	– Entidade de Previdência Complementar
IAP	– Instituto de Aposentadoria e Pensão
IAPB	– Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Bancários
IAPC	– Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Comerciais
IAPTEC	– Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Empregados em Transportes e Cargas
INPS	– Instituto Nacional de Previdência Social
INSS	– Instituto Nacional de Seguro Social
IPC	– Índice de Preço ao Consumidor
LBPC	– Lei Básica de Previdência Complementar
LC	– Lei Complementar
LOPS	– Lei Orgânica de Previdência Social
MF	– Ministério da Fazenda
MPAS	– Ministério da Previdência e Assistência Social
RGPS	– Regime Geral de Previdência Social
RPC	– Regime de Previdência Complementar
RPPS	– Regime Próprio de Previdência Social
SPC	– Secretaria de Previdência Complementar
STF	– Supremo Tribunal Federal
SUSEP	– Superintendência de Seguros Privados

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO NO BRASIL.....	14
1.1 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO NO BRASIL.....	14
1.2. DOS REGIMES DE PREVIDÊNCIA VIGENTES NO BRASIL.....	17
1.2.1. Regime Geral de Previdência Social.....	18
1.2.2. Regime Próprio de Previdência Social.....	22
1.2.3. Regime de Previdência Complementar.....	23
1.2.3.1. Entidades Fechadas de Previdência Complementar.....	29
1.2.3.2. Entidades Abertas de Previdência Complementar.....	31
2. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS.....	33
2.1. DA EDIÇÃO DA SÚMULA 289 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	34
2.1.1. Da Inflação.....	36
2.1.2. Dos Precedentes da Súmula 289 do Superior Tribunal de Justiça.....	37
2.1.3 Da Teoria da Imprevisão dos Contratos.....	38
3. ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR X SÚMULA 289 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	40
3.1. ADESÃO FACULTATIVA.....	40
3.2 RELAÇÃO JURÍDICA.....	42
3.3. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DOS EX-PARTICIPANTES.....	43
3.4. VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS.....	44
3.4.1. Ato Jurídico Perfeito.....	44
3.4.2. Direito de Propriedade.....	47
3.4.3. Equilíbrio Financeiro e Atuarial.....	48
3.4.4. Prévio Custeio.....	49
3.4.5. Garantia ao Benefício Contratado.....	51
3.5. PARECER.....	52
CONCLUSÃO.....	53
ANEXO A – Lei Complementar n.º 108, de 29 de maio de 2001.....	57
ANEXO B – Lei Complementar n.º 109, de 29 de maio de 2001.....	63
ANEXO C – Decreto n.º 4.942, de 30 de dezembro de 2003.....	80
ANEXO D – Parecer n.º 13/2003, emitido pela Secretaria de Previdência Complementar.....	96
ANEXO E – Parecer emitido por Luiz Octávio Gallotti, em 14.12.2004.....	105
REFERÊNCIAS.....	119

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende fazer estudo acerca da súmula número 289, editada pelo Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe que a devolução das contribuições vertidas às Entidades Fechadas de Previdência Complementar devem ser corrigidas com o índice que melhor reflita a inflação.

Sobre o tema, vale uma pequena retrospectiva. Ante a insuficiência da previdência pública, por não garantir a manutenção do padrão de vida aos atingidos pelos chamados riscos sociais, surgem, com o advento da Lei n.º 6.435, de 15 de julho de 1977, com regulamentação no Decreto n.º 81.240, de 20 de janeiro de 1978, as primeiras Entidades de Previdência Complementar, no país.

A previdência complementar tem por escopo garantir melhor qualidade de vida aos segurados e aos seus familiares, por meio da complementação de aposentadoria, haja vista que o sistema público, geralmente, não assegura o benefício equivalente ao salário percebido pelo trabalhador quando da plena capacidade laboral. Assim, as Entidades de Previdência Complementar vêm como uma opção para o trabalhador ativo garantir seu futuro com uma espécie de seguro pessoal, a fim de suprir a deficiência estatal no que tange à previdência social.

A problemática se assenta no cenário experimentado pela sociedade brasileira nas décadas de 80 e 90, marcadas por elevados índices inflacionários, que corroíam os salários dos trabalhadores, ocasionando a constante desvalorização da moeda brasileira. Nesse contexto, à época, os diversos governos do país criaram planos econômicos, buscando recompor a perda do valor da moeda, determinando-se a aplicação de percentuais de correção a certos setores da sociedade em patamares inferiores aos da inflação, cada vez mais ascendente, e gerando os denominados “expurgos inflacionários”.

Nesse sentido, a súmula do Superior Tribunal de Justiça que se pretende estudar, versa sobre aplicação dos expurgos inflacionários no resgate de contribuições vertidas aos planos de benefícios previdenciários de natureza complementar.

Desse modo, o presente estudo buscará cotejar a aplicação da referida súmula às Entidades Fechadas de Previdência Complementar, com os mandamentos constitucionais. Para tanto, é imprescindível a verificação da natureza jurídica das Entidades de Previdência Complementar, bem como a finalidade dos benefícios por elas concedidos. Assim, a situação problema se assenta na seguinte pergunta: A súmula 289, editada pelo Superior Tribunal de Justiça, é constitucional?

Como hipóteses, observar-se-á:

- Se o contrato firmado entre o participante e a Entidade Fechada de Previdência Complementar prevê a adoção de determinado índice para correção dos valores vertidos a título de contribuição, a súmula 289 do Superior Tribunal de Justiça não poderá determinar a aplicação de índice diverso, pois estaria ferindo o ato jurídico perfeito, previsto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, bem como o princípio do *pacta sunt servanda*.
- Se a aplicação da súmula 289 do Superior Tribunal de Justiça vem em detrimento dos participantes que permanecem vinculados ao Plano de Benefício, causando-lhes prejuízo, o direito de propriedade desses restará violado, o que fere o previsto nos artigos 5º, inciso XXII e 170, inciso II; ambos da Carta Magna.
- Se a referida súmula não leva em consideração o fato de ter ou não havido o efetivo custeio para a correção das contribuições em índice que corresponda à inflação do período, diante da garantia contida no artigo 195, § 5º; da Constituição Federal, que versa

acerca da precedência do custeio em relação ao benefício, o referido dispositivo constitucional restará violado.

- Se a aplicação da súmula 289 do Superior Tribunal de Justiça causa desequilíbrio financeiro e atuarial à Entidade Fechada de Previdência Complementar, haverá infringência ao previsto no artigo 201, *caput*, Carta Política.

- Por fim, se a aplicação da súmula 289 do Superior Tribunal de Justiça compromete a concessão de benefícios presentes e futuros, por parte da Entidade Fechada de Previdência Complementar, a garantia constitucional de recebimento do benefício contratado, previsto no artigo 202, *caput*, da Constituição, restará violada.

Nesse passo, o presente estudo busca o aprofundamento do material pesquisado, promovendo-se da súmula objeto da análise, bem como da Lei Básica de Previdência Complementar e da Constituição Federal. Com o fito de proporcionar melhor entendimento, será feito um estudo das bases conceituais do direito previdenciário, com esteio nos ensinamentos dos doutrinadores Marcelo Leonardo Tavares, Marco André Ramos Vieira, Sérgio Pinto Martins, Wladimir Novaes Martinez e Wagner Balera.

Importante salientar que o presente não será composto de estudos pormenorizados de jurisprudência, haja vista que o objeto deste é, tão-somente, a análise do enunciado em comento em face dos dispositivos constitucionais retro mencionados.

Com o intuito de bem esclarecer o tema tratado no presente trabalho, no primeiro capítulo será tratado o breve histórico do direito previdenciário no Brasil, bem como os regimes existentes nos dias atuais, com enfoque mais elaborado na Previdência Complementar Fechada.

O segundo capítulo conterà, em especial, a evolução dos expurgos inflacionários, até a edição da súmula 289 do Superior Tribunal de Justiça, bem como a teoria em que esta se embasa.

Já no terceiro capítulo, será feito o teste das hipóteses, trazendo à lume a aplicação da referida súmula, em relação às Entidades Fechadas de Previdência Complementar e suas repercussões.

Por fim, oferta-se análise, ponto a ponto, dos principais fundamentos constitucionais utilizados para culminar com a súmula editada pelo Superior Tribunal de Justiça.

1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO NO BRASIL

1.1 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO NO BRASIL

Acredita-se que a blástula do seguro social se deu com as santas casas de misericórdia, no século XVI, com base no mutualismo e custeio particular. Não havia qualquer previsão legal, tendo sustentáculo apenas na religiosidade. Ou seja, aqueles que contribuíam para as casas religiosas poderiam perceber ajuda em caso de dificuldades financeiras, não sendo utilizado qualquer metodologia de cálculo para o recebimento da benesse.

O primeiro diploma legal a conter norma de caráter previdenciário foi a Constituição de 1824, prevendo os socorros públicos, em seu art. 179, XXXI.

Já o Código Comercial de 1850, em seu art. 79, determinava que os empregadores pagassem aos empregados três meses de salário caso estivessem impossibilitados de trabalhar em decorrência de acidentes imprevistos e inculpadados, o que também pode ser entendido como um engatinhar do Direito Previdenciário no Brasil.

Somente na Carta Magna de 1891 passou-se a tratar do Direito Previdenciário propriamente dito, com previsão de aposentadoria para os funcionários públicos, a qual era totalmente custeada pelo Estado, sem qualquer contribuição do empregado ou do empregador ao longo da vida laboral.

Contudo, a consolidação do Direito Previdenciário positivado no Brasil somente se deu com o Decreto Legislativo n.º 4.682 de 1923, mais conhecido como Lei Eloy Chaves. Com o advento das ferrovias no país e a gama de trabalhadores que laboravam para construção e manutenção das linhas ferroviárias, foram criadas, por meio da Lei Eloy Chaves, Caixas de Aposentadorias e Pensão, a fim de garantir estabilidade econômica ao empregado e

a sua família, após sua vida laboral. Nessa fase, iniciou-se a organização da Previdência Privada, uma vez que empresas começaram a criar Caixas de Aposentadorias e Pensão próprias, pois o Estado não garantia aos trabalhadores das empresas privadas qualquer benefício após o avanço da idade.

Com a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, em 1930, houve a unificação das Caixas de Aposentadoria e Pensão, transformando-as em Institutos Públicos de Aposentadoria, passando à fiscalização do Estado, sem desvincular do controle direto das empresas. Contudo, cada categoria era vinculada ao seu IAP, que era segregado internamente, podendo ser citados alguns: Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Comerciários (IAPC), Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Bancários (IAPB), Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Empregados em Transportes e Cargas (IAPTEC) e etc.

Na Carta de 1934, firmou-se nova forma de custeio para os IAP, pois estas passaram a contar com contribuição do Estado, empregador e trabalhador. Mas somente com a Constituição de 1947 surgiu a expressão “Previdência Social”, constando expressamente o seu fim, com a conceituação dos chamados riscos sociais, quais sejam, doença, invalidez, velhice e morte.

Considerando a necessidade de positividade específica acerca do tema, promulgou-se a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) Lei n.º 3.807, de 26.08.1960, que concretizou a unificação dos IAP, definindo com regras específicas as figuras da contribuição, da concessão e da extinção do benefício. A partir de então, experimentou-se grande evolução da Previdência Social, com a extinção dos IAP em 1966 e a criação, através do Decreto-Lei n.º 72, do Instituto Nacional da Previdência Social (INPS), já com natureza autárquica, responsável por administrar o regime de previdência pública que se instalara no Brasil.

Em 1977, a Lei n.º 6.439 criou o trinômio que compõe a atual seguridade social, composta pela Previdência Social, Assistência Social e Assistência Médica, no intuito de

garantir aos cidadãos o recebimento de benefícios previdenciários após a vida laborativa, de fornecer aos miseráveis e desamparados assistência social e assistência médica hospitalar para todos. Nessa mescla assistencial, o que nos interessa é a Previdência Social, para que possamos atingir a Previdência Complementar, objeto precípua do nosso estudo.

Nesse compasso, é mister ressaltar a Lei Federal n.º 6.534, de 1977, que regia as Entidades de Previdência Complementar, tendo sido revogada pela Lei Complementar n.º 109/2001.

Com o advento da nossa atual Carta Política, houve uma estruturação mais completa com relação à seguridade social. Trazendo positividade específica acerca da Previdência Social, tornando a filiação obrigatória ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) por parte dos empregados, para fins de custeio e recebimento dos benefícios. Percebe-se ainda, que houve considerável regulamentação da Previdência, que veio a passos largos após a promulgação da Constituição de 1988. Vale registrar a previsão da previdência complementar no art. 202 da Carta, já definindo seu caráter autônomo e facultativo.

A Lei n.º 8.029/90, regulamentada pelo Decreto n.º 99.350/90, criou o atual Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), responsável por gerir o RGPS e promover a Assistência Social.

A Lei n.º 8.212/91, regulamentada pelo Decreto n.º 2.173, deu origem ao Plano de Organização e Custeio da Seguridade Social.

A Lei n.º 8.213/91 disciplinou o Plano de Benefícios da Previdência Social.

A Emenda Constitucional n.º 20/98 trouxe consideráveis mudanças ao Título VIII, Capítulo II, Seção III, onde é definida a Previdência Social. A principal mudança, para fins do nosso propósito de estudo, foi a alteração do art. 202 da Constituição Federal, onde prevê,

com clareza, a previdência privada, determinando sua regulamentação por meio de lei complementar.

Ante a alteração trazida pela EC n.º20/98, editaram-se as Leis Complementares 108 – ANEXO A – e 109 – ANEXO B –, ambas publicadas em 30 de maio de 2001, bem como o Decreto n.º 4.942 – ANEXO C –, de 30 de dezembro de 2003, regulamentando a previdência complementar no âmbito fechado. Com a publicação das ditas LC, revogou-se as leis n.º 6.435/77, 6.462/77 e 8.020/90, as quais regulamentavam, respectivamente, as Entidades de Previdência Complementar – EPC num âmbito geral e as Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC que tinham como patrocinadoras órgãos da Administração Pública Federal.

Para que possamos chegar à conclusão do problema proposto, tomaremos como base principal, a Carta Magna vigente e as LC 108 e 109, bem como o Decreto n.º 4.942/2003, assim como os normativos esparsos exarados pela Secretaria da Previdência Complementar, da qual trataremos em detalhe adiante.

1.2. DOS REGIMES DE PREVIDÊNCIA VIGENTES NO BRASIL

A previdência pátria se divide entre os direitos público e privado. A Previdência Pública, denominada Previdência Social, se subdivide em duas categorias, quais sejam, Regime Geral de Previdência Social (RGPS), que abarca a massa de trabalhadores da iniciativa privada e o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), voltado para os servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Já a previdência no âmbito privado diz respeito ao denominado Regime de Previdência Complementar (RPC) que se divide em Entidades Abertas de Previdência Complementar (EAPC) e Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC).

Todos os regimes de previdência têm por objetivo garantir o ganho financeiro do segurado e de sua família quando do término da vida laboral ou em caso de acidente que impossibilite a continuidade do trabalho, além da pensão por morte, que busca garantir o sustento da família, em razão do falecimento do segurado.

Os regimes de previdência partem de uma prestação para uma contraprestação, não sendo, pois, um benefício assistencial, haja vista a necessidade de custeio prévio para a concessão do benefício no futuro. Corrêa (1999) define que o caráter da contributividade é ínsito para existência da previdência, ou seja, o segurado contribui para aquela que, no futuro, em caso de velhice, tempo de serviço, invalidez, reclusão ou morte, concederá seu benefício previdenciário.

É nesse desenrolar que passamos às definições das subespécies do sistema previdenciário instalado no Brasil, com ênfase às EFPC, por serem o objeto do estudo proposto.

1.2.1. Regime Geral de Previdência Social

O RGPS, como já dito, é voltado para os trabalhadores da iniciativa privada, tendo caráter contributivo e filiação obrigatória. Todos os trabalhadores não abrangidos pelos RPPS estarão obrigados a filiar-se ao regime geral, contribuindo mensalmente com percentual sobre a sua remuneração, previamente definido em lei. Além da contribuição vertida pelo empregado, o empregador arca com contribuição, em percentual também sobre a remuneração.

De acordo com o doutrinador Tavares (2002, p. 13) , o RGPS pode ser conceituado como:

[...] seguro público, coletivo, compulsório, mediante contribuição e que visa cobrir os seguintes riscos sociais: incapacidade, idade avançada, tempo de contribuição, encargos de família, desemprego involuntário, morte e reclusão.

A norma precípua do RGPS está estabelecida no artigo 201 da Constituição Federal vigente. As leis extravagantes dispõem com maior especificidade acerca das normas inerentes ao regime, sempre obedecendo aos princípios básicos da previdência social. Tais princípios estão delimitados no artigo 3º da Lei n.º 8.212/1991, os quais Vieira (2002, p. 21) conceitua com propriedade, *in verbis*:

- UNIVERSALIDADE DE PARTICIPAÇÃO NOS PLANOS PREVIDENCIÁRIOS, MEDIANTE CONTRIBUIÇÃO. Por este princípio verificamos que em tese todos os segurados deverão participar da previdência social, desde que haja a correspondente contribuição, ressalvando alguns, os segurados obrigatórios, são compulsoriamente integrados ao RGPS [...]
- VALOR DA RENDA MENSAL DOS BENEFÍCIOS, SUBSTITUTOS DO SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO OU DO RENDIMENTO DO TRABALHO, NÃO INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. Este princípio é uma garantia do segurado, pois pela concepção do salário mínimo, este seria o valor necessário para cobrir o mínimo básico para o trabalhador. Sendo assim, para o beneficiário não poderia ser diferente, porque as necessidades de um e de outro se equivalem [...]
- CÁLCULO DOS BENEFÍCIOS CONSIDERANDO-SE OS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO CORRIGIDOS MONETARIAMENTE. Também é uma garantia do segurado, pois como os benefícios são calculados com base nos recolhimentos oriundos dos salários-de-contribuição e o retorno do Estado, por meio das contraprestações previdenciárias (benefícios), é, em regra, bastante diferido, não seria justo que o trabalhador não tivesse direito a correção dos pagamentos efetuados, sob risco de, ao necessitar de benefícios, ter direito a uma prestação irrisória.
- PRESERVAÇÃO DO VALOR REAL DOS BENEFÍCIOS. Este princípio traduz a preservação do poder aquisitivo dos beneficiários, vinculado ao princípio constitucional da seguridade social da irredutibilidade do valor dos benefícios. Enquanto o princípio do parágrafo anterior diz respeito ao direito de se obter um benefício com valor justo, este busca a manutenção do valor do benefício adquirido ao longo do tempo.
- PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FACULTATIVA, CUSTEADA POR CONTRIBUIÇÃO ADICIONAL. Como a previdência social possui um teto máximo, aqueles que desejam complementar seus rendimentos deverão optar pela complementação de seus planos por meio de um valor adicional.

A obrigatoriedade de filiação, por parte do empregado, expendida pela Lei Maior, se dá pela incerteza que se tem quanto ao futuro, uma vez que os trabalhadores estão sujeitos a mazelas, velhice, prisão e falecimento. Portanto, a filiação deve-se dar para que, em caso de impossibilidade de continuidade laboral, o Estado possa dispor, em favor do segurado e de sua família, de benefício previdenciário.

Vale lembrar que a obrigatoriedade prevista na Lei 8212/91 não exclui aqueles não se encontram previstos nos artigos 12 e 13 da referida norma, sendo certo afirmar que a legislação, a fim de consubstanciar o princípio da universalidade já mencionado, previu a adesão daqueles que não estão obrigados a contribuir como segurado facultativo, nos termos do artigo 14 da mesma lei, que ocorre com a manifestação de vontade de contribuir com o RGPS, a fim de obter concessão do benefício, após o cumprimento dos requisitos expressos na norma.

Há que se dizer, ainda, que a fonte de custeio dos que estão em fase de gozo do benefício previdenciário é oriunda daqueles que hoje contribuem para garantir seu benefício futuro. Pode-se dizer que os trabalhadores ativos sustentam os inativos e os futuros trabalhadores sustentarão os que hoje são considerados ativos. Sendo tal método denominado Regime de Caixa¹. Ressalta-se, ainda, que o Estado também envereda recursos para a manutenção do RGPS, mormente pelo déficit em que o referido regime se encontra, pois a monta vertida pelos contribuintes não é suficiente para manter o pagamento dos benefícios.

Ainda no que tange à obrigatoriedade de filiação, esta acarreta a conseqüente obrigação de contribuição, configurada pelo salário-de-contribuição², que é a fonte de custeio precípua para concessão dos benefícios. No §5º do artigo 195 da Carta Política vigente, está previsto que nenhum benefício será concedido sem que haja, previamente, a correspondente fonte de custeio, assim, entende-se que caso não haja a devida contribuição, não haverá a concessão do benefício.

¹ Segundo Jorge (2005, p. .32), o sistema de regime de caixa, ou de repartição simples é aquele em que a monta das contribuições arrecadadas no período será para custear os benefícios devidos no mesmo período, ou seja, os trabalhadores ativos e demais contribuintes sustentam os benefícios do presente, configurando assim, o caráter de solidariedade constante do RGPS.

² O salário-de-contribuição pode ser definido como o valor correspondente ao percentual que o segurado contribui durante a sua vida laboral, ou seja, é a contribuição do segurado propriamente dita.

Ao beneficiário está garantido o recebimento do mínimo necessário para seu sustento e de sua família, o que nos termos da Constituição é o salário mínimo³, capaz de garantir as necessidades básicas para que o indivíduo tenha uma vida digna. Portanto não haverá pagamento de benefício inferior ao mínimo, nos casos em que este reflita a remuneração do trabalhador quando ativo.

Para concessão do benefício previdenciário, verificar-se-á o cumprimento dos requisitos legais para a percepção⁴. Com relação à monta do salário-de-benefício, será feito um cálculo contábil e atuarial, levando em consideração o salário-de-contribuição e a correção monetária, não se abstendo do salário mínimo, bem como o teto de benefício do INSS⁵.

Caso o segurado almeje salário-de-benefício superior ao que receberia quando da sua inatividade, poderá aumentar sua contribuição, ou seja, contribuir com percentual maior que o mínimo exigido, observando-se o teto previdenciário, que influenciará no cálculo para concessão do benefício. Esta é a chamada contribuição de natureza complementar, a qual não se confunde com a Previdência Complementar a ser detalhada adiante.

Importante salientar o papel do INSS, pessoa jurídica de Direito Público, de natureza autárquica federal, instituída pela Lei n.º 8.029/1990, vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social, responsável por gerir o RGPS, com a administração dos

³ A Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso IV, garante aos trabalhadores e, extensivamente, aos segurados da RGPS o recebimento do salário mínimo, o qual é fixado em lei, devendo ser suficiente para garantir as necessidades básicas do ser humano e de sua família, quais sejam, moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência. Nesse ponto, não podemos deixar despercebido uma questão que assola a comunidade brasileira, qual seja, a miserabilidade do salário mínimo. Não obstante a nossa Carta Maior estabelecer que o salário mínimo deve garantir as necessidades mínimas do ser humano, sabe-se que tal salário, atualmente, é praticamente insuficiente para garantir a alimentação de um indivíduo, que de lá de uma família. Assim, ressaltamos que o benefício baseado no salário mínimo é oriundo da Carta Política e seguindo vários outros dispositivos desta é mais um que deveria ser considerado de forma contumaz, a fim de garantir e dar maior credibilidade ao texto normativo, que ao longo do tempo vem sofrendo interpretações afrontosas, com o fito de atender interesses de uma minoria da sociedade brasileira.

⁴ Para a concessão da prestação previdenciária é necessário que o indivíduo se encontre na qualidade de beneficiário, que exista qualquer dos fatos previstos no RGPS (invalidez, idade avançada, prisão e outros), o cumprimento de exigências estabelecidas na norma (tempo de contribuição, tempo de serviço, carência e outros) e que o beneficiário manifeste sua vontade no sentido de perceber tal benefício.

⁵ Todos os benefícios concedidos pelo RGPS estão sujeitos ao teto previdenciário, à exceção do salário-maternidade. Referido teto é estabelecido pelo artigo 201 da Constituição Federal (Emenda Constitucional n.º 41/2003), sendo que o reajuste deste dar-se por resolução exarada pelo gestor do Regime – INSS.

recursos vertidos pelos segurados e empregadores, concessão e extinção dos benefícios previdenciários referentes ao regime geral, em suma, manter e fiscalizar o seguro social estatal.

Por fim, registre-se que o RGPS é uma forma que o Estado detém para garantir melhor qualidade de vida aos trabalhadores inativos e sua família que, em consequência da impossibilidade de trabalho, de acordo com os casos estabelecidos na norma, por não possuírem meios financeiros para sua manutenção e de sua família, sendo amparados com o benefício previdenciário, o qual custeou durante sua vida laboral.

1.2.2. Regime Próprio de Previdência Social

O RPPS está previsto no artigo 40 da Carta Magna, tendo sofrido consideráveis alterações com o advento das EC n. 20/1998 e 41/2003.

Do referido dispositivo constitucional depreende-se que o RPPS abarca os militares e servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como os servidores das fundações e autarquias vinculadas a estes.

É condição *sine qua non* que o servidor detenha cargo efetivo, portanto, os contratados temporariamente, ocupantes de mandato eletivo e aqueles com cargo comissionado não poderão vincular-se ao regime, pois os mesmos estão insertos, obrigatoriamente, no RGPS, sendo ainda, inconcebível cumular filiação – RPPS e RGPS.

A Lei n. 9.717/1998 regula o regime em comento, sendo que esta vem sofrendo várias alterações, com o fito de adequá-la à reforma trazida pela EC 41/2003.

Como não poderia deixar de ser, em tal regime está consagrado o princípio da contributividade, caracterizado pelas contribuições do segurado e do ente público a que este está vinculado, para fins de custeio e equilíbrio atuarial.

Não se pode deixar de comentar acerca da principal diferença entre o RPPS e o RGPS. Como dito anteriormente, o RGPS adota o regime de caixa para fins de custeio, já o RPPS inovou, adotando o regime de capitalização, ou seja, enquanto naquele regime as contribuições atuais são destinadas para o pagamento dos benefícios dos atuais inativos, neste o segurado, ao longo de sua vida laboral, contribui para fins de constituição de reservas capazes de garantir o seu benefício no futuro.

Cumprе ressaltar o adendo trazido pela EC n.º 41/2003, que prevê a contribuição dos segurados inativos e pensionistas. Tal contribuição foi objeto de discussão perante o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIN's) n.º 3105 e 3128, tendo sido decidido pela constitucionalidade da emenda, igualando o percentual de contribuição entre os servidores da União e os servidores dos Estados, Distrito Federal e Municípios, no patamar de 50% do que ultrapassar o teto do RGPS, conforme dispõe o artigo 5º da EC n.º 41/2003.

Por fim, registra-se que o RPPS será instituído e mantido pelo respectivo ente público e regulado mediante lei específica, conforme já mencionado, a qual regula com austeridade os planos de benefício, os segurados e os entes instituidores do regime.

1.2.3. Regime de Previdência Complementar

Inicialmente, aborda-se a previdência complementar num âmbito geral, englobando tanto as EAPC quanto as EFPC, para, após, pormenorizar cada uma, nas estreitas características que as separam, dando um enfoque maior às EFPC, por serem o objeto do presente estudo.

A chamada previdência supletiva está consagrada no artigo 202 da Constituição vigente e regulada, essencialmente, pela LC n.º 109/2001, também denominada de Lei Básica da Previdência Complementar (LBPC).

Nos artigos 1º da referida lei e 202 da Constituição Federal, restam estabelecidas as principais características do regime em comento, quais sejam, a autonomia em relação à Previdência Social quanto a sua organização, facultatividade de adesão, baseado no regime de capitalização.

O RPC é de natureza privada, desvincilhando-se do regime básico de previdência, tanto pela autonomia quanto pelo seu caráter facultativo. A Previdência Complementar é direcionada àqueles que pretendem acrescentar o seu benefício futuro proporcionado pela previdência pública, ou mesmo aos que não estão insertos em qualquer regime de previdência.

O regime adotado pela Previdência Complementar é baseado na constituição de reservas – capitalização – para pagamento dos benefícios aos interessados. Ao longo do tempo são feitas as contribuições, as quais são aplicadas no mercado financeiro em busca de rendimento. Assim, das contribuições acrescidas dos rendimentos financeiros são formadas as reservas que garantirão o pagamento dos benefícios no futuro.

Conforme explana o artigo 2º da LBPC, as EPC serão as gestoras do RPC, com objetivo precípuo de “instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário”.

A participação em planos de benefícios é exclusiva das pessoas físicas, concretizada mediante contrato de adesão, o que caracteriza a facultatividade. Como todo contrato, está jungido aos princípios gerais do direito obrigacional, sendo bilateral, o que impede a alteração de uma das partes sem anuência da outra⁶. Pela natureza que lhe é própria, o contrato de previdência complementar carrega em seu bojo uma longevidade exacerbada, uma vez que o segurado pode ficar vinculado à EPC por toda sua vida, podendo tal relação se

⁶ Em face das características que consubstanciam os regulamentos dos planos de benefícios administrados pelas EPC, tem-se que estes podem ser alterados para adequação ao longo do tempo e o bem comum de todos. Contudo, seria impossível promover tais alterações com a assinatura de termos aditivos para cada participante. Dessa forma, o legislador previu a formação de conselhos para representação dos participantes e, eventualmente, dos patrocinadores, nos termos do artigo 35 da LBPC, assim como com a garantia de transparência e de divulgação de informações, a fim de possibilitar a “fiscalização” das EPC, quanto a gestão dos recursos por elas administrados.

estender aos familiares, em caso de concessão de pensão ou pecúlio por morte do segurado. Contudo, não significa dizer que as partes não poderão rescindir o contrato a qualquer tempo, de acordo com as previsões constantes de cada plano de benefício.

Quanto às modalidades de planos de benefícios, o legislador instituiu o de Benefício Definido, o de Contribuição Definida e o de Contribuição Variável. Balera (2005, p. 69), objetivamente, define as modalidades dos planos de benefícios operados pelas EPC, nos seguintes termos:

Como a própria denominação sugere, os planos de benefício definido (ou “planos BD”, como costumam ser chamados) são aqueles em que se conhece previamente os valores dos benefícios futuros de aposentadoria. As contribuições dos participantes e das pessoas jurídicas são capitalizadas em padrões pré-fixados, de forma a alcançar os benefícios futuros.

[...]

Nos planos CD, em geral, a reserva é individualizada por participante, de forma que as provisões técnicas de um não impliquem diminuição ou majoração das provisões técnicas mantidas para outro participante do mesmo plano.

Vale destacar que existem planos chamados “mistos” que combinam características dois planos BD e CD. Tal combinação, na maior parte das vezes, ocorre com a determinação de contribuição definida na fase de acumulação e benefício na fase de gozo do benefícios, ou seja, ao fim do período de acumulação, verifica-se o valor da reserva constituída pelo participante, e, com isso, determina-se a renda programada que ele deverá receber.

Nesse descortino, quando da edição da LBPC, sabendo-se que nem todos os participantes concretizam todas as contribuições até eleger-se ao benefício contratado e, não raras vezes, os participantes se desvinculam de uma EPC e passa a verter contribuições para outra, o legislador consubstanciou na norma os institutos do Benefício Proporcional Diferido, da Portabilidade e do Resgate (artigos 14 e 27, da LBPC)⁷, o quais já vinham sendo praticados pelas EPC, mesmo antes da normatização.

O Benefício Proporcional Diferido é definido por Rodrigues (2005, p. 25) como o ato pelo qual o participante ativo que perde o vínculo com a patrocinadora – ou instituidora –

⁷ O Benefício Proporcional Diferido não é, usualmente, adotado pelas EAPC, até mesmo porque o legislador não impôs a previsão de tal instituto nos Planos de Benefícios administrados por estas.

opta por manter os recursos que acumulara no plano de benefícios, para quando do preenchimento dos requisitos para a aposentação, perceber um benefício reduzido proporcionalmente ao montante contribuído.

Já a portabilidade pode ser entendida, conforme ensinamentos do jurista retro mencionado, como ato de transferência dos recursos acumulados para plano de benefícios diverso. A vantagem de tal transferência é a não incidência de qualquer tributo – imposto de renda e CPMF.

Por último, conceitua-se o resgate, objeto do nosso estudo, como o reembolso das contribuições vertidas pelo participante não elegível à aposentação, que perde o vínculo com a patrocinadora – ou instituidora. A monta do saque é, no mínimo, o total das contribuições vertidas pelo participante, corrigidas monetariamente pelo índice previsto no plano contratado, com a dedução da taxa de administração e dos tributos incidentes.

Importante salientar o caráter da contributividade, já comentado na previdência pública. A LBPC conceitua a “constituição de reservas”, como a soma das contribuições vertidas aos planos de benefícios, que tem o fito de garantir a concessão dos benefícios aos participantes, estes, passando, neste caso, à condição de assistidos. As reservas constituídas nos planos de benefícios previdenciários serão geridas pelas EPC, em busca de rentabilidade, proporcionando o futuro pagamento do benefício.

No Brasil, as contribuições vertidas ao regime básico de previdência são utilizadas para o pagamento dos inativos, eis que este sistema adota o regime de caixa, conforme já esboçado. Já no caso do regime complementar a questão se torna mais complexa, vez que a contribuição do participante deve ser suficiente para manter seu benefício no futuro.

A LBPC, em seu artigo 7º, é categórica no sentido de garantir padrões mínimos dos planos de benefícios, sendo rigorosamente fiscalizados pelo Estado. Para tanto, o artigo 9º

da LBPC determina constituição de reservas técnicas, provisões e fundos, buscando manter a solvência do plano de benefício. Com eloquência, Martinez (2003, p. 76) define, respectivamente, em que compreendem as reservas técnicas, provisões e fundos:

Reserva técnica, simplesmente reserva ou ainda reserva financeira deve ser entendida como a reserva matemática, isto é, o custo final do benefício aferido no instante da avaliação, noutras palavras, aquilo que pecuniariamente será preciso reunir para bancar a prestação.

[...]

Provisão não deixa de ser modalidade de reserva, numerário contabilizado em separado, com destinação específica.

[...]

Fundo é provisão mais formalizada, ainda tipo de reserva com destinação apropriada, que vai ser constituído com o tempo e com finalidade mais previdenciária que a provisão. [...]

Nesse desiderato, o Estado tem atuação direta nas EPC, disciplinando, coordenando, supervisionando e fiscalizando, a fim de garantir a segurança e a executoriedade dos planos de benefícios, bem como proteger o interesse dos participantes e assistidos.

A intervenção do Estado nas EPC se presta, primordialmente, para a verificar as constituições das reservas, para garantir a solvência dos planos de benefícios administrados pelas entidades. Nesse escorrito, tem-se a atuação do órgão regulador e fiscalizador no que tange às aplicações financeiras procedidas com os recursos vertidos para constituição das reservas.

Tal papel, atualmente, é cumprido pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), Ministério da Fazenda (MF), Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC), Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), bem como pela Secretaria de Previdência Complementar (SPC) e Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), por meio de portarias, resoluções, ordens de serviço e instruções normativas.

Impende salientar a importância da ciência atuarial, no âmbito do direito previdenciário, responsável pela elaboração de cálculos e estudos que viabilizam consecução do objetivo fim do plano de benefício, qual seja, arcar com a suplementação da aposentadoria

da totalidade dos assistidos. O que deve ser entendido é que ao aderir a um plano de previdência, não abre o participante uma conta particular, para posterior uso e gozo. Verte, sim, contribuições para um todo. Esta sistemática é o objeto do estudo da atuária e é nesta ciência que estão calcados todos os custos de previdência e seguros em geral. É este estudo que permite a igualdade de contribuições entre pessoas de perspectivas desiguais.

A fim de minimizar a ocorrência de abusos por parte dos administradores das entidades, em relação aos participantes, a legislação cuidou de responsabilizar civilmente os que não obedecessem às normas contidas na legislação, bem como as emanadas pelos órgãos responsáveis pela regulamentação e fiscalização. O artigo 63 da LBPC estabeleceu, inclusive, a possibilidade de responsabilização dos administradores das EPC, em caso de prejuízos causados aos planos de benefícios.

Ainda, há possibilidade de intervenção direta do Estado nas EPC, com o fito de assegurar os direitos dos participantes e assistidos, previamente entabulados no contrato previdenciário. A regulação e fiscalização ferrenha do Estado no âmbito da Previdência Complementar é primordial para maior confiabilidade da sociedade, sendo, nas palavras de Balera (2005, p. 252) uma “forma de verdadeiro incentivo à adesão de novos participantes, e a manutenção da segurança e tranquilidade dos participantes existentes”. Assim, o Estado busca proteger, preventivamente, o interesse social, como já faz em vários outros ramos.

Por fim, verifica-se que a atividade das EPC, assim como a da previdência pública, tem a função de seguridade social, na medida em que oferece garantia de concessão de benefício, de acordo com os casos previstos nos regulamentos dos planos de benefícios de cada entidade.

Dessa maneira, pode-se dizer tratar-se de seguro pessoal e familiar, com objetivo de acobertar os riscos oriundos do viver humano, concretizando o cunho social, vez que busca atender necessidades do segurado e de sua família, com a concessão do benefício.

1.2.3.1. Entidades Fechadas de Previdência Complementar

As EFPC serão organizadas na forma de fundações ou sociedades civis, sempre sem fins lucrativos. A iniciativa de criação partirá de uma empresa ou de pessoa jurídica representativa de classe profissional ou setorial.

Quando criada por uma empresa, esta será denominada patrocinadora, estando a entidade acessível apenas aos empregados desta, por isso o seu caráter fechado. Portanto, tem-se uma limitação de filiação, que abrange apenas os empregados da empresa patrocinadora, lembrando sempre que a filiação se dá pela livre e espontânea vontade do trabalhador. Como o próprio nome diz, a empresa patrocinadora da EFPC fica obrigada a contribuir, juntamente com o empregado filiado, ou seja, tanto o empregado quanto o empregador estarão obrigados a contribuir com a entidade para fins da constituição da reserva.

Já no caso de criação de EFPC por iniciativa do ente de representação de classe profissional ou setor, este será denominado instituidor. Do mesmo modo, as pessoas físicas que poderão filiar-se à entidade são previamente determinadas. A diferenciação entre a patrocinadora e instituidora, é que aquela estará obrigada a efetuar contribuição para entidade em caso de filiação do empregado, já esta não tem o ônus de proceder às contribuições, sendo constituída a reserva apenas pela contribuição do filiado.

O objetivo do empreendimento é proporcionar maior segurança àquele grupo determinado de pessoas físicas, com a execução de planos de benefícios de natureza previdenciária, protegendo os filiados dos riscos sociais. Partindo dessa premissa, tem-se o princípio do mutualismo intimamente ligado ao direito previdenciário. Tal princípio versa sobre a solidariedade entre os participantes do plano de benefício, pois se cada participante angariasse de modo isolado os recursos para sua suplementação, o numerário a ser capitalizado seria bem superior ao vertido à EPC. Assim, os participantes contribuem às

EFPC, sob o regime de poupança e capitalização, objetivando que tais recursos, somados com dos demais participantes, tenham uma maior rentabilidade quando aplicados no mercado financeiro.

Ainda tratando do princípio da solidariedade inserto nos planos de benefícios das EFPC, a LBPC abarca a situação superavitária e deficitária dos planos, eis que atingem, diretamente a esfera patrimonial dos mantenedores do plano de benefícios.

Depreende-se que em ambas situações – superavitária e deficitária – as conseqüências recairão diretamente sobre os participantes, caracterizando o princípio da solidariedade. A mesma situação se tem com os patrocinadores, o que não acontece com os instituidores, que não vertem contribuições ao plano, pois estes não têm responsabilidade financeira. Contudo, existem planos em que a figura do instituidor promove contribuições, sendo, neste caso, atingido pelo disposto no artigo 21 da LC n.º 109/2001.

Nesse compasso, pelo fato das EFPC não objetivarem lucro, atuando apenas com a administração dos recursos vertidos ao plano, buscando maior rentabilidade para que haja o equilíbrio financeiro e atuarial, a LBPC determina caminhos a serem seguidos para a correta aplicação dos recursos, a fim de garantir o custeio dos benefícios, estando consubstanciados nos artigos 18, 22 e 23 da multicitada legislação, assim como na Resolução 3.121, do Conselho Monetário Nacional.

Além da LBPC, há que se observar ainda, a LC n.º 108/2001 e o Decreto n.º 4.942/2003, que versam exclusivamente acerca das EFPC. A LC n.º 108/2001 positiva a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista quando patrocinadoras de EFPC. Já o Decreto n.º 4.942/2003, na maioria dos seus dispositivos, repete o que já está positivado na Lei Básica, regulamentando a apuração de responsabilidades dos gestores das EFPC e a aplicação de penalidades, nos termos do artigo 66, da LBPC.

1.2.3.2 Entidades Abertas de Previdência Complementar

A linha equatorial que permite diferenciar as entidades abertas das fechadas são as pessoas físicas que atingem. Como se vê, estas estão limitadas no que tange ao campo de filiados, sendo determinadas segundo a relação de emprego ou representatividade de classe profissional ou setorial; enquanto as EAPC têm atuação ampla para promover suplementação de aposentadoria, ou seja, quaisquer pessoas podem filiar-se, preenchido, por óbvio, o requisito de capacidade previsto na lei civil para celebração de contrato.

As EAPC, essencialmente reguladas pela LC n.º 109/2001, são constituídas na forma de sociedades anônimas, conforme estabelece o artigo 36 da referida lei, tendo natureza de pessoa jurídica de direito privado. Diferentemente das EFPC, as EAPC poderão auferir lucro, o que não significa dizer que todas serão constituídas com intuito de lucro, outrossim, podendo existir entidades abertas sem fins lucrativos.

Além do disposto no item 1.2.3, que se aplica ao RPC de um modo geral, a LBPC dispõe sobre modo de organização diferenciado para estas, haja vista atuação com maior amplitude. Verifica-se no artigo 38, inciso II, da LC n.º 109/2001, que o legislador se utiliza da palavra “comercialização”, vez que os planos de benefícios nas entidades abertas, em sua maioria, vislumbram lucro, o que acarreta maior fiscalização do Estado. Todos os atos da EAPC, desde a investidura de pessoas nos cargos diretivos, até as aplicações dos recursos dos participantes no mercado financeiro, são rigidamente controlados pelo órgão regulador e fiscalizador, nos termos dos artigos 37, 38, 39 e 40 da LBPC

No tocante aos planos de benefícios instituídos pelas EAPC que objetivam lucro, verifica-se que não há a característica do mutualismo, pois não há qualquer previsão de rateio do superávit ou dos prejuízos entre os participantes, eis que estes têm a base dos seus benefícios de acordo com o que estabelece o contrato firmado. Pode-se dizer que as entidades

abertas oferecem os planos de benefícios, a fim de angariar capital para aplicar no mercado financeiro, em contrapartida, oferece ao segurado o benefício após lapso temporal definido no regulamento do plano, apropriando-se da monta – lucro – que ultrapassar o valor a ser pago quando da concessão do benefício.

2. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS

Nos anos 80 e 90, a sociedade brasileira sofreu com o descontrole da política monetária nacional, que acarretou elevados índices de inflação, corroendo o poder de compra da moeda nacional, por consequência, gerando instabilidade financeira do povo brasileiro e a insegurança econômica. A insatisfação da sociedade brasileira era crescente pois, a cada dia, a moeda brasileira valia menos, ocasionando o empobrecimento contínuo, principalmente dos assalariados.

Ante tal fato, os governantes - valendo-se do artigo 22, inciso VI, da Carta Magna, o qual atribui competência privativa da União para legislar acerca do sistema monetário, podendo, para tanto, fixar índices de atualização real do valor da moeda – formularam planos econômicos com o fito de amenizar os danos sofridos pela sociedade, diante da crescente desvalorização da moeda, em decorrência da inflação galopante.

Tais planos foram consubstanciados no Decreto-Lei n.º 2.335/87 e nas Leis n.º 7.730/89, 8.024/90, 8.030/90 e 8.177/91, denominados, respectivamente, como Plano Bresser, Plano Verão, Plano Collor I e Plano Collor II, os quais buscavam recompor a inflação relativa aos meses de junho de 1987 (26,06%), janeiro de 1989 (42,72%), março de 1990 (84,32%), abril de 1990 (44,80%), maio de 1990 (7,87%), fevereiro de 1991 (21,87%) e março de 1991 (11,79%).

Assim, houve o surgimento dos chamados expurgos inflacionários, que consistiam na adoção de percentuais manipulados pelo Governo, na tentativa de recompor a perda da moeda em face da inflação que se encontrava em total descontrole. A partir de então, passaram a surgir várias dúvidas acerca dos índices a serem aplicados aos contratos de um modo geral, abarrotando o Poder Judiciário com ações que têm como pleito a aplicação dos índices de inflação expurgados à época. .

2.1. DA EDIÇÃO DA SÚMULA 289 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nos anos 90, os participantes que rescindiam seus contratos com as EFPC, ingressaram com demandas judiciais pleiteando incidência dos expurgos inflacionários sobre o valor do resgate das contribuições vertidas aos planos de benefícios das entidades. O pleito dos ex-participantes se fundava nos prejuízos financeiros que supostamente teriam sofrido, sob a alegação de que os índices contratados no respectivo plano de benefícios não refletiria a inflação ocorrida e consubstanciada nos planos econômicos.

No início das demandas, viam-se decisões tanto condenando as EFPC ao pagamento dos expurgos, quanto no sentido de que os expurgos não seriam devidos, aplicando-se os índices previamente ajustados nos contratos previdenciários. Ante a divergência entre os tribunais pátrios, os ex-participantes passaram a interpor recursos especiais com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal, suscitando a dissonância entre as decisões proferidas nos Tribunais de Justiça Pátrios.

Após várias discussões travadas pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, passaram a julgar procedentes os pleitos dos ex-participantes, condenando as EFPC a recomponem a inflação, com a aplicação dos índices previstos nos planos econômicos sobre o valor do resgate das contribuições vertidas.

Registra-se que o índice adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, para correção das contribuições vertidas pelos ex-participantes aos planos de benefícios das EFPC, foi o Índice de Preço ao Consumidor (IPC) referente aos meses de junho de 1987 (26,06%), janeiro de 1989 (42,72%), março de 1990 (8,32%), abril de 1990 (44,80%), maio de 1990 (7,87%), fevereiro de 1991 (21,87%) e março de 1991 (11,79%). Nesse ponto, cumpre salientar que o Poder Judiciário, mormente com a edição do enunciado em comento, apenas determina a

alteração do índice em meses específicos, sendo certo que os demais meses prevalece o índice estabelecido no contrato.

Em decorrência das várias demandas submetidas à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, ficou pacificado na jurisprudência que o resgate das contribuições dos ex-participantes das EFPC deveria ser corrigido monetariamente com índice que refletisse a desvalorização real da moeda, culminando na edição da súmula n.º 289 , *in verbis*:

Súmula: 289

A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda.

Ressalta-se que a súmula prevê que a correção monetária a ser aplicada no ato do resgate deve corresponder à efetiva desvalorização da moeda. Assim considerando, a jurisprudência pacificou que o Índice de Preço ao Consumidor é o que melhor reflete a inflação ocorrida nos anos 80 e 90, razão pela qual passou a ser aplicado aos casos de resgates, em meses específicos, para fins de atualização das contribuições vertidas aos planos de previdência complementar.

Importante salientar que a referida súmula abrange tanto as EAPC, quanto as EFPC. No entanto, o presente trabalho trata apenas da aplicação dos expurgos inflacionários no resgate das contribuições no âmbito das entidades fechadas.

Quanto ao fundamento adotado para a edição da referida súmula, impende salientar que esta se deu com espreque, tão-somente, nas jurisprudências emanadas daquele Superior Tribunal de Justiça. Observando a sua edição, constata-se que esta traz fundamentos legais frágeis o que, desde, já põe em dúvida a sua consistência .⁸

⁸ Em relação à possível falha quando da edição da súmula em estudo, apenas fizemos um breve comentário acerca da inexistência de referência legislativa, eis que o aprofundamento neste tema desviaria o propósito do trabalho, que é uma análise constitucional da súmula. Contudo, não poderíamos deixar de consignar tal ocorrência, uma vez que a não consignação de qualquer normativo legal embasador do posicionamento exarado pelo Poder Judiciário, leva a crer que não houve uma análise pormenorizada da problemática.

Por fim, para melhor compreensão da súmula em comento, cumpre seja feita análise, mesmo superficial, acerca da apuração da inflação, assim como uma abordagem sucinta quanto às decisões que conduziram à pacificação da jurisprudência no âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

2.1.1. Da Inflação

A inflação pode ser definida como o aumento generalizado dos preços. Para sua aferição, é necessária pesquisa de preços durante certo período – dia, mês, ano e etc. – de cesta de produtos previamente determinados, com o fito de verificar o peso orçamentário de cada um, identificando uma média de aumento dos preços.

Desse modo, a inflação pode ser definida com um percentual de desvalorização da moeda, eis que um montante de pecúnia em um período passado terá maior poder de compra que no período presente, em um ambiente inflacionário.

A inflação é medida por meio de indicadores de preços. Tais indicadores são apurados por entidades não governamentais, tais como o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a Fundação Getúlio Vargas e outras, que verificam a variação de preço de determinados produtos. Com a ponderação de tais índices pode-se aferir uma média da inflação quanto a determinados produtos ou grupos sociais.

Dessa forma, para verificação da inflação real em um grupo social homogêneo, há que se verificar a renda média do grupo, quais os bens e serviços utilizados por este e a variação do preço destes em determinado período. Assim, poderá ser constatada a real inflação ocorrida em relação a um grupo determinado e homogêneo.

Os referidos indicadores de preços, em seu turno, iram variar a partir da alteração dos preços dos produtos analisados por aqueles índices.

Partindo de tal premissa, não se pode afirmar que um determinado índice vai refletir a inflação melhor ou pior, eis que a inflação é fruto de uma composição de indicadores de preços de uma gama de produtos e serviços. Análise, portanto, setorial, parcial, que deve ser contextualizada, para que se atribua juízo de valor.

2.1.2. Dos Precedentes da Súmula 289 do Superior Tribunal de Justiça

Os principais precedentes da Corte Superior, que embasaram a edição da súmula objeto do presente estudo, foram os acórdãos que julgaram os embargos de divergência n.º 287954/DF, 264061/DF e 297194/DF. O entendimento dos Ministros foi no sentido de acatar os índices expurgados em detrimento ao índice previsto previamente no contrato previdenciário firmado.

Tal entendimento se deu com o fundamento de que é direito dos ex-participantes a manutenção do valor real da moeda nos resgates por eles efetivados, e que a aplicação dos expurgos apenas cumpriria tal desiderato, não representando acréscimo de qualquer monta ao patrimônio dos ex-participantes.

Observou-se, nesse sentido, mesmo implicitamente, a aplicação da Teoria da Imprevisão dos Contratos, sob o argumento de que a não aplicação dos índices expurgados ocasionaria a desequilíbrio contratual.

Partindo desse fundamento, para melhor aprofundamento do presente objeto de estudo, mister se faz a análise da referida teoria, o que será tratado adiante, vez que esta é ponto sensível para a solução do trabalho proposto.

2.1.3 Da Teoria da Imprevisão dos Contratos

Para selar o entendimento consubstanciado na súmula em estudo, mister se faz um breve comentário acerca Teoria da Imprevisão, adotada como principal fundamento para a edição da súmula.

Referida teoria é baseada na cláusula *rebus sic stantibus*, a qual se sobrepõe à autonomia da vontade dos contratantes. Apesar de alguns doutrinadores diferenciarem a teoria moderna e a referida cláusula, tal separação se mostra inócua, eis que ambas têm o mesmo objetivo, qual seja, o equilíbrio contratual. Poder-se-ia, conceber que a cláusula *rebus sic stantibus* foi aprimorada pela Teoria da Imprevisão, aplicado-se esta atualmente no Direito Moderno⁹.

Em face das incertezas do futuro, a Teoria da Imprevisão tem grande aplicabilidade no Direito atual, eis que tem por primazia o equilíbrio contratual, impedindo que uma das partes contratantes tenha vantagem exacerbada sobre a outra, em caso de fatos inesperados.

Com propriedade, Pereira (2004, p. 165) assim define a aplicabilidade da Teoria da Imprevisão nos contratos:

Admitindo-se que os contratantes, ao celebrarem a avença, tiveram em vista o ambiente econômico contemporâneo, e previram razoavelmente para o futuro, o contrato tem de ser cumprido, ainda que não proporcione às partes o benefício esperado. Mas, se tiver ocorrido modificação profunda nas condições objetivas coletâneas da execução, em relação às envolventes da celebração, imprevistas e imprevisíveis em tal momento, e geradoras de onerosidade excessiva para um dos contratantes, ao mesmo passo que para o outro proporciona lucro desarrazoado, cabe ao prejudicado insurgir-se e recusar a prestação. Não justifica uma apreciação subjetiva do desequilíbrio das prestações, porém a ocorrência de um acontecimento extraordinário, que tenha operado a mutuação do ambiente objetivo, em tais termos que o cumprimento do contrato implique em si mesmo e por si só o enriquecimento de um e empobrecimento do outro.

⁹ Tal entendimento é tratado com propriedade por Oliveira (2002), quando trata em sua obra invejável, acerca da Teoria da Imprevisão nos contratos, onde aborda a evolução do tema, assim como a sua necessidade no Mundo atual.

Com a mesma perspicácia, a ilustre jurista continua doutrinando, quanto aos requisitos para a aplicação da referida teoria:

Para que se possa invocar a resolução por onerosidade excessiva é necessário ocorram requisitos de apuração certa, explicitados no art. 478 do Código Civil: a) vigência de um contrato com execução diferida ou continuada; b) alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o ambiente objetivo no da celebração; c) onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro; d) imprevisibilidade daquela modificação.

Vê-se, portanto, que a súmula em comento, com esteio na Teoria da Imprevisão, não extinguiu a obrigação constante do contrato, mas sim, incumbiu as EFPC a um ônus não previsto contratualmente, qual seja, a aplicação de índice de correção diverso do pactuado. Para tanto, pautou-se no fato de que as EFPC, ao atualizarem as reservas de poupanças dos participantes que optaram pelo resgate de suas contribuições, nos termos do contrato firmado, causaram o empobrecimento, sem causa, desses participantes e o seu conseqüente enriquecimento.

De mais a mais, o Poder Judiciário entendeu que a causa extraordinária para o ajuste do contrato, foi a ocorrência da inflação, que naquela época encontrava-se num total descontrole.

Desse modo, num primeiro momento, poder-se-ia admitir que a aplicação da referida súmula, a qual encontra-se alinhada com o atual posicionamento do Direito Moderno, no caso de uma visão limitada quanto as EFPC. Contudo, com tal atitude, não se chegaria a uma visão sistêmica da problemática, o que acarretaria a deficiência da análise. Assim, cumpre, no próximo capítulo, abordar a problemática sob uma visão sistêmica e complexa, mormente no âmbito constitucional, a fim de verificar a consistência da súmula 289, editada pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR X SÚMULA 289 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desde o início das demandas judiciais, as EFPC vêm, acirradamente, expondo aspectos nucleares afetos à sua natureza jurídica que, segundo o melhor entendimento, impossibilitariam a condenação nos termos da referida súmula. Contudo, os magistrados dos tribunais pátrios não consideraram características que não podem ser desvincilhadas para uma análise isenta de erros. Observa-se que os julgadores, quando da condenação das entidades em devolver as contribuições vertidas pelos ex-participantes com a incidência dos expurgos inflacionários, ativeram-se apenas à suposta perda individual dos ex-participantes, sem a observância das consequências advindas das condenações para as EFPC.

A situação das EFPC se agrava sobremaneira com a edição da súmula 289, pois consolida o entendimento equivocado por parte do Poder Judiciário que vem sendo mantido ao longo dos anos, pois algumas normas e princípios do Direito, mormente no âmbito Complementar, estão sendo infringidos, conforme demonstrado nos subitens seguintes.

Nesse descortino, passa-se à análise dos principais pontos relacionados às EFPC e que não foram levados à lume pelo Poder Judiciário quando da procedência dos pleitos dos ex-participantes, o que culminou na súmula em comento.

3.1. ADESÃO FACULTATIVA

Concretizado o contrato de trabalho com a patrocinadora ou quando da filiação à pessoa jurídica instituidora, é disponibilizada a oportunidade de inscrição no plano de benefício da respectiva EFPC, momento em que o trabalhador ou representado poderá inscrever-se no plano de benefício. A inscrição no plano de benefício forma vínculo contratual entre a EFPC, o participante e a patrocinadora ou instituidora – dependendo da

natureza da pessoa jurídica que constituiu a entidade – por consequência, gerando direitos e obrigações constantes de cada regulamento de plano de benefício.

O artigo 202, *caput*, da Carta Política, prevê expressamente o caráter facultativo da previdência complementar, bem como o artigo 1º da LC n.º 109/2001. No ato da inscrição, o participante é cientificado de todos os direitos e obrigações constantes do contrato a ser firmado, para tanto a LBPC dispõe acerca dos documentos que deverão ser disponibilizados aos pretendentes e aos participantes dos planos de benefícios, nos termos do §1º do artigo 10 da LBPC.

A facultatividade também é verificada na rescisão do contrato previdenciário de natureza complementar, pois o participante poderá finalizar a filiação ao plano a qualquer tempo, sendo garantida opção por qualquer dos institutos previstos no artigo 14, da LBPC, dentre os quais se encontra o resgate das contribuições vertidas na forma regulamentar, o qual ocorre, conforme já esboçado, com o acréscimo de correção monetária, de acordo com as regras estipuladas no regulamento de cada plano de benefícios e com os descontos da taxa administrativa.

Por oportuno, salienta-se que, uma vez inscrito no plano de benefícios, o participante poderá continuar neste quando da rescisão do contrato de trabalho ou perda da qualidade de associado, jamais sendo desvinculado do plano por ato unilateral da EFPC, a menos que perca a qualidade de segurado, de acordo com as hipóteses previstas em regulamento.

Assim, verifica-se que o vínculo com a entidade é distinto do contrato de trabalho ou da associação, tendo este relevância apenas no início da inscrição, visto tratar-se do ramo fechado da previdência complementar, a qual abarca como segurados apenas as pessoas físicas determinadas, ou seja, pessoas com vínculo empregatício com a patrocinadora ou vínculo associativo com a instituidora.

Considerando a facultatividade, a adesão ao plano de benefícios só ocorre mediante ato prévio de manifestação de vontade do participante, obrigando-se, a partir de então, a cumprir as regras do respectivo regulamento do plano de benefício. Em sendo assim, a súmula editada pelo Superior Tribunal de Justiça deturpa os regulamentos dos planos de benefícios quando da condenação à aplicação dos expurgos, pois determina aplicação de índice de correção diverso ao pactuado.

3.2 RELAÇÃO JURÍDICA

O contrato de previdência suplementar no âmbito fechado gera relação jurídica entre a entidade de previdência, o participante e o patrocinador/instituidor, conforme mencionado no item anterior.

Quando se tratar de plano patrocinado, a relação contratual de forma triangular é latente, pois há obrigatoriedade da contribuição patronal. Já no plano instituído, nem sempre haverá a contribuição do instituidor, devendo ser observadas as obrigações constantes do regulamento do plano de benefício respectivo.

Ainda, mesmo de forma intrínseca e por força do princípio do mutualismo e da solidariedade, existe relação jurídica entre os participantes da entidade. Conforme Costa (1996, p. 120) leciona, “os recursos captados no curso da relação de custeio não são suficientes para manutenção do aposentado, após o prazo atuarialmente previsto, recorre-se à geratriz do mutualismo: solidariedade entre participantes”.

Nessa esteira é a inteligência do artigo 21 da LBPC, que versa acerca do déficit operacional no plano de benefícios, estabelecendo o equacionamento do prejuízo entre os participantes, assistidos, patrocinadores ou instituidores.

No que tange à natureza da relação jurídica, tem-se que esta é eminentemente de Direito Privado, mesmo quando se tratar de EFPC constituída na forma da LC n.º 108/2001,

pois atem-se à natureza jurídica da entidade, na forma do artigo 202 da Carta Magna, distinta do patrocinador ou instituidor. Neste sentido, com categoria Rabelo (2000, p. 11) expõe que “não obstante o intervencionismo estatal, a previdência complementar é relação jurídica estabelecida no âmbito do Direito Privado.”

Dessa forma, não que se olvidar que aplicam-se as regras de Direito Privado à relação entre participante e EFPC.

3.3. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DOS EX-PARTICIPANTES

Todos os participantes de um determinado plano são iguais perante a entidade, uma vez que o conteúdo do contrato previdenciário firmado é idêntico para todos aqueles insertos no plano de benefícios. Desta forma, há uma isonomia entre os participantes junto à EFPC, já que as cláusulas contidas no regulamento do plano de benefícios têm validade para todos.

Como já dito, o participante que firma contrato previdenciário com EFPC forma relação jurídica com os demais participantes, em razão do mutualismo existente no plano de benefício, constante de cláusula contratual. A solidariedade se dá tanto pela divisão do lucro quanto pelo prejuízo ocorrido no plano. Assim, devem ser tratados com isonomia para própria segurança jurídica do contrato. Contratualistas de todo o mundo firmaram a máxima de que o contrato faz lei entre as partes, contendo direitos e obrigações estipuladas nas cláusulas do regulamento do plano de benefícios.

Partindo dessa premissa, quando o ex-participante resgata as suas contribuições com a aplicação dos ditos expurgos, por força de condenação judicial, obtém vantagem sobre os que não receberão os expurgos inflacionários, ocasionando a diferenciação entre os participantes, os quais têm relação jurídica idêntica perante a entidade.

Infere-se que a aplicação dos expurgos inflacionários no resgate das contribuições, gera tratamento desigual em relação aos que ainda encontram-se filiados ao plano. Assim, tem-se que, quando o Poder Judiciário condena as EFPC ao pagamento do resgate com a incidência dos expurgos inflacionários está promovendo o enriquecimento ilícito dos participantes em detrimento dos que ainda encontram-se filiados ao plano de benefícios.

3.4. VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Vislumbram-se ofensas à Carta Magna no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, espelhado na súmula em estudo. Tais ofensas se dão pela inobservância do ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXVI), do direito de propriedade (artigo 5º XXII e 170, II), do equilíbrio financeiro e atuarial (artigo 201, *caput* c/c 202 *caput*), do custeio prévio (artigo 195, § 5º) e da garantia ao benefício contratado (artigo 202, *caput*).

3.4.1. Ato Jurídico Perfeito

Tal princípio, consagrado no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal vigente, tem o fito de garantir a segurança dos contratos, com a obediência aos ditames da norma.

A partir do momento em que as partes celebram um contrato nos termos em que a lei estabelece, está aclamado o ato jurídico perfeito. Assim, deve-se entender que em todo contrato válido, está presente o ato jurídico perfeito, que é o a manifestação de vontade dos contratantes que passam a compor o mundo jurídico.

Com propriedade, Correia (2002) explana acerca do ato jurídico perfeito:

[...]um ato jurídico perfeito, merecedor da proteção constitucional do art.5º, XXXVI, da Constituição da República de 1988, e, como tal, insuscetível de qualquer modificação legislativa, impondo-se verdadeiro limite ao poder legiferante do Estado em benefício da segurança jurídica, sem a qual ter-se-ia verdadeiro caos jurídico em detrimento da sociedade politicamente organizada, com as mais nefastas consequências.

Nessa linha de raciocínio, tem-se que nos contratos de natureza previdenciária o ato jurídico perfeito perpetra quando da filiação da pessoa ao plano de benefícios, ou seja, após a aprovação, por parte da entidade, da requesta do participante. A partir da filiação, passa a existir a relação contratual nos termos do regulamento do plano de benefícios, onde se encontram todos os direitos e obrigações do participante.

Dentre as várias regras contidas no regulamento do plano de benefício, constará o índice de correção monetária para atualização das contribuições vertidas à EFPC, para fins de constituição da reserva matemática, assim como a regra para a atualização da reserva de poupança do participante.

Impende salientar que a previsão contratual quanto à forma de atualização é oriunda do artigo 14, inciso III, da LBPC, que determina que o regulamento do plano de benefícios – contrato previdenciário – preverá a forma pela qual será feito o resgate. Ainda, a Resolução MPAS/CGPC nº 06, de 30.10.2003, consubstancia que a regra de atualização é necessária, contudo, a forma deve ser deliberada entre as partes, como se observa de seu art. 26:

Art. 26. O valor do resgate corresponde, no mínimo, à totalidade das contribuições vertidas ao plano de benefícios pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo que, na forma do regulamento e do plano de custeio, sejam de sua responsabilidade.

§ 1º Do valor previsto no *caput*, poderá ser deduzida a parcela destinada à cobertura dos benefícios de risco que, na forma do regulamento e do plano de custeio, seja de responsabilidade do participante.

§ 2º O regulamento do plano de benefícios deverá prever forma de atualização das contribuições referidas no caput. (grifos nossos)

Dessa forma, resta claro que o participante, ao verter contribuições ao plano de benefícios, tem a garantia de, no mínimo, resgatar suas contribuições nos termos do regulamento do plano de benefícios.

Nesse descortino, cumpre salientar a relevância da *pacta sunt servanda*, instituto que prima pela observância das cláusulas contratuais, devendo estas serem observadas e cumpridas pelos contratantes, com o fito de garantir a executoriedade do plano de benefício.

Vale ressaltar ainda, que as normas que originaram os expurgos inflacionários são posteriores aos contratos dos participantes que demandam contra as EFPC, razão que impede o conhecimento do pleito dos demandantes, sob pena de ofensa direta ao referido dispositivo constitucional.

Isso se dá pelo fato de que não se pode prever se o índice eleito é mais vantajoso que outro existente no mercado. Principalmente pelo fato de que à época em que correram os ditos expurgos inflacionários, o País, economicamente, encontrava-se totalmente imprevisível.

Não obstante o presente trabalho tenha ótica no princípio do ato jurídico perfeito previsto constitucionalmente, faz-se necessário avultar a Lei de Introdução ao Código Civil, que também trata do princípio em voga.

Referida norma, no artigo 6º, § 1º, resta assegurada o ato jurídico perfeito, mesmo quando da existência de lei posterior. Ora, tal princípio é essencial para a segurança das relações jurídicas, pois veda que o legislador modifique relação já consolidada no mundo jurídico mediante lei posterior ao contrato.

Com exceção das matérias de ordem pública, que não é o caso do problema em estudo, tanto a Carta Maior, quanto a Lei de Introdução ao Código Civil rezam que será obedecido o tempo e norma que embasou o negócio quando da sua celebração – *tempus regit actum*.

Em sendo assim, caso haja alteração do índice de atualização das contribuições, evidentemente, não estará sendo observado os termos do contrato previdenciário, em flagrante

afronta ao instituto do ato jurídico perfeito e ao princípio do *pacta sunt servanda*. Ademais, a aplicação de índices diferentes às contribuições dos participantes do mesmo plano, extirparia o caráter da solidariedade intrínseca aos planos de benefícios das EFPC.

3.4.2. Direito de Propriedade

Inicialmente, é importante salientar que as EFPC não têm o objetivo de auferir lucro para si com a aplicação financeira dos recursos oriundos das contribuições dos participantes, mas, tão-somente, fazer render tais valores para consecução do objetivo fim do plano de benefícios, que é a complementação da aposentadoria dos participantes.

Muitos argumentam que as EFPC têm patrimônio avantajado. Contudo, tal entendimento não deve prevalecer, pois, na realidade aquele pertence aos participantes do plano de benefícios. Verifica-se que há uma incorporação das contribuições dos segurados com os rendimentos advindos das aplicações dos recursos, ou seja, todo o patrimônio deve ser entendido como sendo do plano de benefício que é composto por vários participantes. Logo, tem-se que o patrimônio pertence aos participantes filiados ao plano de benefícios.

É importante reiterar a solidariedade dos participantes nos casos de superávits e déficits, conforme disposto nos artigos 20 e 21 da LBPC. Quaisquer que sejam os resultados das aplicações – positivos ou negativos – os participantes serão diretamente afetados.

Nesse esquecimento, os ex-participantes que requerem ao Judiciário a aplicação dos expurgos estão prejudicando os aqueles que estão no plano, pois quando há a condenação no sentido de que sejam aplicados os expurgos inflacionários, que é índice diverso do celebrado no contrato, a monta é retirada do plano que os ex-participantes estavam filiados. Dessa maneira, os participantes, conseqüentemente, têm a diminuição de seus patrimônios que encontram-se consubstanciados no plano de benefícios.

Ressalta-se, nesse ponto, a função social das EFPC, haja vista que pretende confortar a situação financeira do segurado e de seus familiares quando atingido pelos riscos sociais.

Portanto, é importante enfatizar o direito de propriedade, conforme disposto nos artigos 5º XXII e 170, II, ambos da Carta Política, pois os participantes que ainda encontram-se vinculados ao plano estão tendo suas propriedades excutidas pelos ex-participantes, podendo, inclusive, comprometer o pagamento de suas suplementações de aposentadoria, uma vez que a aplicação de índice diverso ao contratado para o pagamento do resgate dos ex-participantes desequilibra a situação financeira do plano de benefício.

Por fim, constata-se que tal anomalia se dá pela alteração do índice pactuado previamente, subvertendo o cálculo atuarial que sustenta o plano de benefícios. Portanto, tem-se que a presente hipótese, em verdade, dá suporte para confirmação da primeira, sendo certo que esta, apesar de não confirmada em sua plenitude, não deve ser desconsiderada, eis que fortalece a tese esboçada na primeira, que trata da prevalência dos termos pactuados.

3.4.3. Equilíbrio Financeiro e Atuarial

As contribuições arrecadadas do conjunto dos participantes e da patrocinadora ou instituidora são calculadas atuarialmente visando à obtenção do montante exato para o pagamento dos benefícios definidos nos planos de benefícios, portanto é certo que inexistente fonte de custeio destinada a amparar o pagamento diverso do constante das normas do regulamento. Salienta-se que os recursos vertidos à EFPC são aplicados no mercado financeiro, com o fito de alcançar a monta suficiente para a executoriedade do plano de benefícios. Para tanto, a LBPC, em seu artigo 7º, dispõe acerca do padrão mínimo dos planos de benefícios.

Nesse contexto, os planos de benefícios das EFPC são analisados e aprovados pela SPC, que os fiscalizam para que mantenham a sua viabilidade. Assim, estas entidades devem cumprir, rigorosamente, o que determinam os seus planos de benefícios, sob pena de serem responsabilizadas, na forma do artigo 63 da LC n.º 109/2001.

Desse modo, a previsão de resgate limitado às contribuições vertidas pelos participantes, com fixação prévia de índice de correção monetária, encontra-se justificada em face dos cálculos atuariais realizados para acautelar a execução dos planos de benefícios.

Com a alteração da base e dos percentuais de atualização, certamente o custo do plano seria alterado, exigindo, no caso do problema apresentado, uma contribuição mais elevada. Tal ônus ficaria a cargo dos participantes e dos patrocinadores – ou instituidores – que permanecem vinculados aos planos, haja vista que aqueles que pleiteiam o recebimento do resgate expurgado são os ex-participantes, não tendo mais qualquer responsabilidade para como plano de benefícios.

Por fim, do mesmo modo da hipótese anterior, entende-se que esta, na realidade, dá suporte à confirmação da primeira hipótese. Destarte, não obstante a não confirmação *in totum*, eis que esta não é suficiente, isoladamente, para solução do problema proposto, deve ser considerada como supedâneo da primeira hipótese.

3.4.4. Prévio Custeio

Para análise desta hipótese, mister entender a seguridade social, tratada no Capítulo II, do Título VII, da Carta Magna, conceituada por Martins (2001, p. 22) como:

[...] o conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrando por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Do dispositivo, entende-se que a previdência complementar é espécie do gênero “seguridade social”, pois oferece proteção social aos segurados, com a concessão de benefícios de natureza previdenciária.

Nesse diapasão, salienta-se o princípio constitucional da fonte de custeio, positivado no § 5º, artigo 195, da Constituição Federal vigente, que tece que nenhum benefício ou serviço será concedido sem a fonte prévia de custeio. Assim, as EFPC estão sujeitas ao cumprimento do referido princípio, estando vedado qualquer pagamento sem que haja a constituição de reserva correspondente.

Na previdência complementar a fonte de custeio se dá pelo salário de contribuição e pelos rendimentos advindos das aplicações financeiras. Nesse desiderato a ciência atuarial atua no sentido de verificar o *quantum* as aplicações financeiras devem auferir para garantir os pagamentos dos benefícios aos assistidos, bem como para constituição das reservas que garantam os pagamentos das futuras concessões de benefícios (artigo 202 *caput*, da Carta Maior).

Então, qualquer pagamento fora do previsto nos estudos da atuária pode comprometer a consecução dos planos de benefícios. Impende ressaltar ainda, que os regulamentos dos planos são estudados e aprovados pelo órgão fiscalizador, com objetivo precípuo de assegurar a executoriedade do plano de benefícios.

Não é difícil constatar que as condenações nos termos da súmula 289 do Superior Tribunal de Justiça maculam o princípio da fonte prévia de custeio, pois a previsão do resgate das contribuições se dá de acordo com o que está estabelecido no regulamento do plano de benefícios contratado. Já com as condenações na forma da referida súmula, há um desembolso superior ao previsto no planejamento atuarial, uma vez que inexiste fonte de custeio para o pagamento de valores diversos dos que constam no regulamento do plano de benefícios.

Desse modo, inexistindo fonte de custeio para o pagamento de resgate alheio ao que está estabelecido no plano de benefícios, impede a alteração contratual quanto ao objeto ora estudado. Sendo assim, mais uma vez constata-se que a presente hipótese, a exemplo das duas antecedentes, não é suficiente para a solução do problema proposto, todavia, presta-se como fortalecimento na confirmação da primeira.

3.4.5. Garantia ao Benefício Contratado

O artigo 202, *caput*, da Carta Maior dispõe que a previdência complementar baseará “na constituição de reservas que garantam o benefício contratado”. Como visto, os benefícios serão constituídos pelos próprios segurados e garantidos pela administração, por parte da EFPC, das contribuições vertidas aos planos de benefícios.

Deste modo, as EFPC estão obrigadas a garantir o pagamento dos benefícios aos segurados que preencherem os requisitos estabelecidos no regulamento do plano contratado. Conforme expandido no item 3.4.3., as condenações emanadas pelo Poder Judiciário desequilibram o plano de benefício, podendo ocasionar a insolvência deste, impossibilitando o pagamento do benefício contratado.

Indo mais além, registra-se que a desvinculação do plano de benefício quebra o vínculo contratual existente conforme já mencionado, por consequência, desaparece a solidariedade entre o ex-participante em relação àqueles que ainda são mantenedores do plano. Assim o déficit causado pelas condenações ao pagamento dos expurgos inflacionários fica a cargo daqueles que ainda encontram-se no plano.

Destarte, do mesmo modo das três últimas hipóteses, conclui-se que esta não é suficiente para responder a problemática proposta, entretanto, é fundamental para reforçar a confirmação trazida à lume na primeira hipótese.

3.5. PARECERES

Com o fito de dar suporte à tese aqui esposada, importante salientar o parecer n.º 13/2003 – ANEXO D –, emitido pela Secretaria de Previdência Complementar, publicado no Diário Oficial de 19 de fevereiro de 2004. Tal posicionamento evidencia o caráter comunitário e mutualista dos planos de previdência complementar e as nefastas consequências geradas em razão do pagamento do resgate incrementado com os expurgos inflacionários, sem a necessária fonte de custeio.

Por fim, ainda com o intuito de dar maior ênfase ao exposto ao longo do presente trabalho, mister mencionar o parecer exarado pelo jurista Luiz Otávio Gallotti – ANEXO E –, acerca da súmula objeto de estudo. No parecer é pormenorizada as impropriedades do posicionamento da Superior Tribunal de Justiça, tratando, inclusive, de aspectos não abordados no presente trabalho, quais sejam, os infraconstitucionais.

CONCLUSÃO

É inegável que os planos econômicos, até os dias atuais, são objeto de discussão perante os tribunais pátrios, com a busca dos valores corroídos pela inflação. Partindo dessa premissa, devido a várias ações ajuizadas contra as EFPC, pleiteando a aplicação dos expurgos inflacionários no resgate das contribuições, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 289, pacificando a aplicação do índice que melhor reflete inflação.

Ante o problema proposto, qual seja – A súmula 289, editada pelo Superior Tribunal de Justiça, é constitucional? – passa-se à consolidação dos testes das hipóteses propostas inicialmente:

Não se pode olvidar que as EFPC, sempre serão sem fins lucrativos, tendo o plano de custeio dos planos de benefícios calcados em severos cálculos atuariais, elaborados nos exatos termos contratuais pactuados livremente pelas partes, consoante o regulamento de cada plano.

Nesse contexto, principalmente pela facultatividade de adesão por parte da pessoa física, está consubstanciado o ato jurídico perfeito e a *pacta sunt servanda*, infringidos com a aplicação de índice de correção das contribuições diverso ao estipulado no regulamento do plano benefícios, haja vista que cada plano tem índice previamente estipulado para fins de correção dos valores vertidos à entidade, previamente autorizado pela Secretaria de Previdência Complementar. Portanto, foi confirmada a primeira hipótese, pois é patente a violação ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

O princípio do mutualismo inserto no regulamento dos planos de benefícios não está sendo considerado, já que na medida em que as EFPC são condenadas a corrigir os resgates das contribuições com índices diversos ao estabelecido no regulamento do plano de benefícios, o patrimônio dos participantes que ainda estão filiados ao plano está sendo

atingido, pois os valores referentes às condenações serão contabilizadas no plano de benefícios, atingindo os valores vertidos ao plano pelos participantes remanescentes, afetando, por consequência, a propriedade dos que permanecem filiados ao plano.

Desse modo, verifica-se que a infringência aos artigos 5º, inciso XXII e 170, inciso II; ambos da Carta Política é implícita, não sendo capaz de solucionar, *per si*, a problemática, sendo, contudo, argumento de sustentação da primeira hipótese.

Na mesma linha, quanto à terceira hipótese levantada, evidenciou-se que não há custeio prévio para o pagamento do resgate expurgado, pois a devolução das contribuições devem se dar conforme estabelecido no regulamento do plano de benefício, com a aplicação do índice estipulado quando da filiação ao plano previdenciário.

Assim, considerando a inexistência de custeio para a devolução das contribuições com a aplicação dos expurgos inflacionários, também em supedâneo à primeira hipótese tal argumento deve ser considerado, sob pena de prejudicar uma interpretação coesa do problema proposto, o qual também esteia-se no artigo 195, § 5º, da Carta Política.

Lado outro, as normas emanadas pelos órgãos fiscalizadores e reguladores, estabelecendo, anualmente, rentabilidade financeira e atuarial mínima para garantir a consecução dos contratos previdenciários com a concessão dos benefícios, em cumprimento ao estabelecido no artigo 201 c/c 202, ambos da Constituição Federal, poderão ser descumpridas. Tal fato se dá porque a correção dos valores resgatados com a aplicação dos expurgos inflacionários onera sobremaneira as EFPC, pois estas apenas administram os recursos vertidos pelos participantes para garantir a concessão dos benefícios contratados, podendo, dessa forma, desequilibrar a situação financeira e atuarial das entidades, comprometendo sua solvência.

Assim, tem-se que esta hipótese também não é suficiente para a solução da problemática, servindo de apoio para a prevalência da primeira, o que impede seu descarte..

Por último, as EFPC podem tornar-se insolventes e, por consequência, impossibilitadas de promoverem a concessão dos benefícios contratados pelos participantes que se encontram filiados ao plano de benefícios executado pelos ex-participantes, em ofensa conseqüente ao artigo 202, *caput*, da Carta Política, que dispõe acerca da garantia do recebimento do benefício contratado com a EPC.

Destarte, no mesmo trilha das três hipóteses antecedentes, verificou-se que esta é consequência da confirmação da primeira hipótese, sendo, pois, espeque para a prevalência da primeira.

Passado o teste das hipóteses, verifica-se que a Teoria da Imprevisão, quando da aplicação da referida súmula, é vangloriada em detrimento da autonomia da vontade e ato jurídico perfeito, pois desconsidera os índices de correção monetária eleitos para atualização da reserva de poupança, nomeando outros mais vantajosos aos que demandam contra às EFPC, causando reflexos desastrosos nos planos de benefícios administrados por estas.

Em relação à problemática proposta, o Poder Judiciário, com a edição da súmula estudada, filiou-se à Teoria da Imprevisão, em detrimento à continuidade dos planos de benefícios operados pelas EFPC, conforme restou evidenciado com a confirmação da primeira hipótese, que se sustentou nas conjecturas das demais.

Portanto, verifica-se que o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça não tem qualquer respaldo jurídico, mormente pelo fato de que os princípios balizadores da Previdência Complementar foram postos de lado da análise da problemática, impondo, pois, a revisão do posicionamento.

À vista da teoria adotada pelo Poder Judiciário, quando da edição da súmula 289, do Superior Tribunal de Justiça, assim como da função que as EFPC exerce para o bem estar social, com a melhoria da qualidade de vida de seus segurados, entende-se, *in casu*, que o ato jurídico perfeito consubstanciado nos contratos previdenciários, sob o aspecto estudado, deve prevalecer, a fim de evitar a não executoriedade dos planos de benefícios, o que certamente causará prejuízos nefastos para a coletividade que se encontram filiadas aos planos, em razão da sagacidade de ex-participantes que buscam suposto direito, sem que houve qualquer locupletação por parte das EFPC, que apenas fizeram cumprir os contratos nos termos estabelecidos previamente.

Nesse descortino, verifica-se que a súmula 289 do Superior Tribunal de Justiça afronta a Constituição Federal no artigo 5º, XXXVI, frontalmente, quando consideramos os artigos 5º, XXII, 170, II, 201, *caput*, 195, § 5º e 202, *caput*, também da Carta Maior, de uma forma sistêmica.

Por fim, conclui-se que a referida súmula está eivada de violações constitucionais, de modo explícito e implícito, o que acarreta, a nosso ver, a sua inaplicabilidade. Ademais, tem-se que o impacto da súmula nas EFPC pode ocasionar a insolvência dos planos de benefícios, onerando, os vários participantes remanescentes em razão de poucos ex-participantes.

ANEXO A – Lei Complementar n.º 108, de 29 de maio de 2001

LEI COMPLEMENTAR Nº 108, DE 29 DE MAIO DE 2001

Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

Art. 1º A relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadores de entidades fechadas de previdência complementar, e suas respectivas entidades fechadas, a que se referem os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 202 da Constituição Federal, será disciplinada pelo disposto nesta Lei Complementar.

Art. 2º As regras e os princípios gerais estabelecidos na Lei Complementar que regula o caput do art. 202 da Constituição Federal aplicam-se às entidades reguladas por esta Lei Complementar, ressalvadas as disposições específicas.

CAPÍTULO II

DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS

Seção I

Disposições Especiais

Art. 3º Observado o disposto no artigo anterior, os planos de benefícios das entidades de que trata esta Lei Complementar atenderão às seguintes regras:

I – carência mínima de sessenta contribuições mensais a plano de benefícios e cessação do vínculo com o patrocinador, para se tornar elegível a um benefício de prestação que seja programada e continuada; e

II – concessão de benefício pelo regime de previdência ao qual o participante esteja filiado por intermédio de seu patrocinador, quando se tratar de plano na modalidade benefício definido, instituído depois da publicação desta Lei Complementar.

Parágrafo único. Os reajustes dos benefícios em manutenção serão efetuados de acordo com critérios estabelecidos nos regulamentos dos planos de benefícios, vedado o repasse de ganhos de produtividade, abono e vantagens de qualquer natureza para tais benefícios.

Art. 4º Nas sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, a proposta de instituição de plano de benefícios ou adesão a plano de benefícios em execução será submetida ao órgão fiscalizador, acompanhada de manifestação favorável do órgão responsável pela supervisão, pela coordenação e pelo controle do patrocinador.

Parágrafo único. As alterações no plano de benefícios que implique elevação da contribuição de patrocinadores serão objeto de prévia manifestação do órgão responsável pela supervisão, pela coordenação e pelo controle referido no caput.

Art. 5º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas o aporte de recursos a entidades de previdência privada de caráter complementar, salvo na condição de patrocinador.

Seção II

Do Custeio

Art. 6º O custeio dos planos de benefícios será responsabilidade do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos.

§ 1º A contribuição normal do patrocinador para plano de benefícios, em hipótese alguma, excederá a do participante, observado o disposto no art. 5º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e as regras específicas emanadas do órgão regulador e fiscalizador.

§ 2º Além das contribuições normais, os planos poderão prever o aporte de recursos pelos participantes, a título de contribuição facultativa, sem contrapartida do patrocinador.

§ 3º É vedado ao patrocinador assumir encargos adicionais para o financiamento dos planos de benefícios, além daqueles previstos nos respectivos planos de custeio.

Art. 7º A despesa administrativa da entidade de previdência complementar será custeada pelo patrocinador e pelos participantes e assistidos, atendendo a limites e critérios estabelecidos pelo órgão regulador e fiscalizador.

Parágrafo único. É facultada aos patrocinadores a cessão de pessoal às entidades de previdência complementar que patrocinam, desde que ressarcidos os custos correspondentes.

CAPÍTULO III

DAS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

PATROCINADAS PELO PODER PÚBLICO E SUAS EMPRESAS

Seção I

Da Estrutura Organizacional

Art. 8º A administração e execução dos planos de benefícios compete às entidades fechadas de previdência complementar mencionadas no art. 1º desta Lei Complementar.

Parágrafo único. As entidades de que trata o caput organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos.

Art. 9º A estrutura organizacional das entidades de previdência complementar a que se refere esta Lei Complementar é constituída de conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria-executiva.

Seção II

Do Conselho Deliberativo e do Conselho Fiscal

Art. 10. O conselho deliberativo, órgão máximo da estrutura organizacional, é responsável pela definição da política geral de administração da entidade e de seus planos de benefícios.

Art. 11. A composição do conselho deliberativo, integrado por no máximo seis membros, será paritária entre representantes dos participantes e assistidos e dos patrocinadores, cabendo a estes a indicação do conselheiro presidente, que terá, além do seu, o voto de qualidade.

§ 1º A escolha dos representantes dos participantes e assistidos dar-se-á por meio de eleição direta entre seus pares.

§ 2º Caso o estatuto da entidade fechada, respeitado o número máximo de conselheiros de que trata o caput e a participação paritária entre representantes dos participantes e assistidos e dos patrocinadores, preveja outra composição, que tenha sido aprovada na forma prevista no seu estatuto, esta poderá ser aplicada, mediante autorização do órgão regulador e fiscalizador.

Art. 12. O mandato dos membros do conselho deliberativo será de quatro anos, com garantia de estabilidade, permitida uma recondução.

§ 1º O membro do conselho deliberativo somente perderá o mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar.

§ 2º A instauração de processo administrativo disciplinar, para apuração de irregularidades no âmbito de atuação do conselho deliberativo da entidade fechada, poderá determinar o afastamento do conselheiro até sua conclusão.

§ 3º O afastamento de que trata o parágrafo anterior não implica prorrogação ou permanência no cargo além da data inicialmente prevista para o término do mandato.

§ 4º O estatuto da entidade deverá regulamentar os procedimentos de que tratam os parágrafos anteriores deste artigo.

Art. 13. Ao conselho deliberativo compete a definição das seguintes matérias:

I – política geral de administração da entidade e de seus planos de benefícios;

II – alteração de estatuto e regulamentos dos planos de benefícios, bem como a implantação e a extinção deles e a retirada de patrocinador;

III – gestão de investimentos e plano de aplicação de recursos;

IV – autorizar investimentos que envolvam valores iguais ou superiores a cinco por cento dos recursos garantidores;

V – contratação de auditor independente atuário e avaliador de gestão, observadas as disposições regulamentares aplicáveis;

VI – nomeação e exoneração dos membros da diretoria-executiva; e

VII – exame, em grau de recurso, das decisões da diretoria-executiva.

Parágrafo único. A definição das matérias previstas no inciso II deverá ser aprovada pelo patrocinador.

Art. 14. O conselho fiscal é órgão de controle interno da entidade.

Art. 15. A composição do conselho fiscal, integrado por no máximo quatro membros, será paritária entre representantes de patrocinadores e de participantes e assistidos, cabendo a estes a indicação do conselheiro presidente, que terá, além do seu, o voto de qualidade.

Parágrafo único. Caso o estatuto da entidade fechada, respeitado o número máximo de conselheiros de que trata o caput e a participação paritária entre representantes dos participantes e assistidos e dos patrocinadores, preveja outra composição, que tenha sido aprovada na forma prevista no seu estatuto, esta poderá ser aplicada, mediante autorização do órgão regulador e fiscalizador.

Art. 16. O mandato dos membros do conselho fiscal será de quatro anos, vedada a recondução.

Art. 17. A renovação dos mandatos dos conselheiros deverá obedecer ao critério de proporcionalidade, de forma que se processe parcialmente a cada dois anos.

§ 1º Na primeira investidura dos conselhos, após a publicação desta Lei Complementar, os seus membros terão mandato com prazo diferenciado.

§ 2º O conselho deliberativo deverá renovar três de seus membros a cada dois anos e o conselho fiscal dois membros com a mesma periodicidade, observada a regra de transição estabelecida no parágrafo anterior.

Art. 18. Aplicam-se aos membros dos conselhos deliberativo e fiscal os mesmos requisitos previstos nos incisos I a III do art. 20 desta Lei Complementar.

Seção III

Da Diretoria-Executiva

Art. 19. A diretoria-executiva é o órgão responsável pela administração da entidade, em conformidade com a política de administração traçada pelo conselho deliberativo.

§ 1º A diretoria-executiva será composta, no máximo, por seis membros, definidos em função do patrimônio da entidade e do seu número de participantes, inclusive assistidos.

§ 2º O estatuto da entidade fechada, respeitado o número máximo de diretores de que trata o parágrafo anterior, deverá prever a forma de composição e o mandato da diretoria-executiva, aprovado na forma prevista no seu estatuto, observadas as demais disposições desta Lei Complementar.

Art. 20. Os membros da diretoria-executiva deverão atender aos seguintes requisitos mínimos:

I – comprovada experiência no exercício de atividade na área financeira, administrativa, contábil, jurídica, de fiscalização, atuarial ou de auditoria;

II – não ter sofrido condenação criminal transitada em julgado;

III – não ter sofrido penalidade administrativa por infração da legislação da seguridade social, inclusive da previdência complementar ou como servidor público;

IV – ter formação de nível superior.

Art. 21. Aos membros da diretoria-executiva é vedado:

I – exercer simultaneamente atividade no patrocinador;

II – integrar concomitantemente o conselho deliberativo ou fiscal da entidade e, mesmo depois do término do seu mandato na diretoria-executiva, enquanto não tiver suas contas aprovadas; e

III – ao longo do exercício do mandato prestar serviços a instituições integrantes do sistema financeiro.

Art. 22. A entidade de previdência complementar informará ao órgão regulador e fiscalizador o responsável pelas aplicações dos recursos da entidade, escolhido entre os membros da diretoria-executiva.

Parágrafo único. Os demais membros da diretoria-executiva responderão solidariamente com o dirigente indicado na forma do caput pelos danos e prejuízos causados à entidade para os quais tenham concorrido.

Art. 23. Nos doze meses seguintes ao término do exercício do cargo, o ex-diretor estará impedido de prestar, direta ou indiretamente, independentemente da forma ou natureza do contrato, qualquer tipo de serviço às empresas do sistema financeiro que impliquem a utilização das informações a que teve acesso em decorrência do cargo exercido, sob pena de responsabilidade civil e penal.

§ 1º Durante o impedimento, ao ex-diretor que não tiver sido destituído ou que pedir afastamento será assegurada a possibilidade de prestar serviço à entidade, mediante remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu ou em qualquer outro órgão da Administração Pública.

§ 2º Incorre na prática de advocacia administrativa, sujeitando-se às penas da lei, o ex-diretor que violar o impedimento previsto neste artigo, exceto se retornar ao exercício de cargo ou emprego que ocupava junto ao patrocinador, anteriormente à indicação para a respectiva diretoria-executiva, ou se for nomeado para exercício em qualquer órgão da Administração Pública.

CAPÍTULO IV DA FISCALIZAÇÃO

Art. 24. A fiscalização e controle dos planos de benefícios e das entidades fechadas de previdência complementar de que trata esta Lei Complementar competem ao órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar.

Art. 25. As ações exercidas pelo órgão referido no artigo anterior não eximem os patrocinadores da responsabilidade pela supervisão e fiscalização sistemática das atividades das suas respectivas entidades de previdência complementar.

Parágrafo único. Os resultados da fiscalização e do controle exercidos pelos patrocinadores serão encaminhados ao órgão mencionado no artigo anterior.

CAPÍTULO V DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 26. As entidades fechadas de previdência complementar patrocinadas por empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos subordinam-se, no que couber, às disposições desta Lei Complementar, na forma estabelecida pelo órgão regulador e fiscalizador.

Art. 27. As entidades de previdência complementar patrocinadas por entidades públicas, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista, deverão rever, no prazo de dois anos, a contar de 16 de dezembro de 1998, seus planos de benefícios e serviços, de modo a ajustá-los atuarialmente a seus ativos, sob pena de intervenção, sendo seus dirigentes e seus respectivos patrocinadores responsáveis civil e criminalmente pelo descumprimento do disposto neste artigo.

Art. 28. A infração de qualquer disposição desta Lei Complementar ou de seu regulamento, para a qual não haja penalidade expressamente cominada, sujeita a pessoa física ou jurídica responsável, conforme o caso e a gravidade da infração, às penalidades administrativas previstas na Lei Complementar que disciplina o caput do art. 202 da Constituição Federal.

Art. 29. As entidades de previdência privada patrocinadas por empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que possuam planos de benefícios definidos com responsabilidade da patrocinadora, não poderão exercer o controle ou participar de acordo de acionistas que tenha por objeto formação de grupo de controle de sociedade anônima, sem prévia e expressa autorização da patrocinadora e do seu respectivo ente controlador.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às participações acionárias detidas na data de publicação desta Lei Complementar.

Art. 30. As entidades de previdência complementar terão o prazo de um ano para adaptar sua organização estatutária ao disposto nesta Lei Complementar, contados a partir da data de sua publicação.

Art. 31. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 32. Revoga-se a Lei nº 8.020, de 12 de abril de 1990.

Brasília, 29 de maio de 2001; 180^o da Independência e 113^o da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Gregori

Pedro Malan

Roberto Brant

ANEXO B – Lei Complementar n.º 109, de 29 de maio de 2001

LEI COMPLEMENTAR Nº 109, DE 29 DE MAIO DE 2001

Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

CAPÍTULO I**INTRODUÇÃO**

Art. 1º O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar.

Art. 2º O regime de previdência complementar é operado por entidades de previdência complementar que têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, na forma desta Lei Complementar.

Art. 3º A ação do Estado será exercida com o objetivo de:

I - formular a política de previdência complementar;

II - disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades reguladas por esta Lei Complementar, compatibilizando-as com as políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico-financeiro;

III - determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios, isoladamente, e de cada entidade de previdência complementar, no conjunto de suas atividades;

IV - assegurar aos participantes e assistidos o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos de benefícios;

V - fiscalizar as entidades de previdência complementar, suas operações e aplicar penalidades; e

VI - proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios.

Art. 4º As entidades de previdência complementar são classificadas em fechadas e abertas, conforme definido nesta Lei Complementar.

Art. 5º A normatização, coordenação, supervisão, fiscalização e controle das atividades das entidades de previdência complementar serão realizados por órgão ou órgãos regulador e fiscalizador, conforme disposto em lei, observado o disposto no inciso VI do art. 84 da Constituição Federal.

CAPÍTULO II**DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS****Seção I****Disposições Comuns**

Art. 6º As entidades de previdência complementar somente poderão instituir e operar planos de benefícios para os quais tenham autorização específica, segundo as normas aprovadas pelo órgão regulador e fiscalizador, conforme disposto nesta Lei Complementar.

Art. 7º Os planos de benefícios atenderão a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial.

Parágrafo único. O órgão regulador e fiscalizador normatizará planos de benefícios nas modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável, bem como outras formas de planos de benefícios que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar.

Art. 8º Para efeito desta Lei Complementar, considera-se:

I - participante, a pessoa física que aderir aos planos de benefícios; e

II - assistido, o participante ou seu beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada.

Art. 9º As entidades de previdência complementar constituirão reservas técnicas, provisões e fundos, de conformidade com os critérios e normas fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º A aplicação dos recursos correspondentes às reservas, às provisões e aos fundos de que trata o caput será feita conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 2º É vedado o estabelecimento de aplicações compulsórias ou limites mínimos de aplicação.

Art. 10. Deverão constar dos regulamentos dos planos de benefícios, das propostas de inscrição e dos certificados de participantes condições mínimas a serem fixadas pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º A todo pretendente será disponibilizado e a todo participante entregue, quando de sua inscrição no plano de benefícios:

I - certificado onde estarão indicados os requisitos que regulam a admissão e a manutenção da qualidade de participante, bem como os requisitos de elegibilidade e forma de cálculo dos benefícios;

II - cópia do regulamento atualizado do plano de benefícios e material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, as características do plano;

III - cópia do contrato, no caso de plano coletivo de que trata o inciso II do art. 26 desta Lei Complementar; e

IV - outros documentos que vierem a ser especificados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 2º Na divulgação dos planos de benefícios, não poderão ser incluídas informações diferentes das que figurem nos documentos referidos neste artigo.

Art. 11. Para assegurar compromissos assumidos junto aos participantes e assistidos de planos de benefícios, as entidades de previdência complementar poderão contratar operações de resseguro, por iniciativa própria ou por determinação do órgão regulador e fiscalizador, observados o regulamento do respectivo plano e demais disposições legais e regulamentares.

Parágrafo único. Fica facultada às entidades fechadas a garantia referida no caput por meio de fundo de solvência, a ser instituído na forma da lei.

Seção II

Dos Planos de Benefícios de Entidades Fechadas

Art. 12. Os planos de benefícios de entidades fechadas poderão ser instituídos por patrocinadores e instituidores, observado o disposto no art. 31 desta Lei Complementar.

Art. 13. A formalização da condição de patrocinador ou instituidor de um plano de benefício dar-se-á mediante convênio de adesão a ser celebrado entre o patrocinador ou instituidor e a entidade fechada, em relação a cada plano de benefícios por esta administrado e executado, mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador, conforme regulamentação do Poder Executivo.

§ 1º Admitir-se-á solidariedade entre patrocinadores ou entre instituidores, com relação aos respectivos planos, desde que expressamente prevista no convênio de adesão.

§ 2º O órgão regulador e fiscalizador, dentre outros requisitos, estabelecerá o número mínimo de participantes admitido para cada modalidade de plano de benefício.

Art. 14. Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador:

I - benefício proporcional diferido, em razão da cessação do vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor antes da aquisição do direito ao benefício pleno, a ser concedido quando cumpridos os requisitos de elegibilidade;

II - portabilidade do direito acumulado pelo participante para outro plano;

III - resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada; e

IV - faculdade de o participante manter o valor de sua contribuição e a do patrocinador, no caso de perda parcial ou total da remuneração recebida, para assegurar a percepção dos benefícios nos níveis correspondentes àquela remuneração ou em outros definidos em normas regulamentares.

§ 1º Não será admitida a portabilidade na inexistência de cessação do vínculo empregatício do participante com o patrocinador.

§ 2º O órgão regulador e fiscalizador estabelecerá período de carência para o instituto de que trata o inciso II deste artigo.

§ 3º Na regulamentação do instituto previsto no inciso II do caput deste artigo, o órgão regulador e fiscalizador observará, entre outros requisitos específicos, os seguintes:

I - se o plano de benefícios foi instituído antes ou depois da publicação desta Lei Complementar;

II - a modalidade do plano de benefícios.

§ 4º O instituto de que trata o inciso II deste artigo, quando efetuado para entidade aberta, somente será admitido quando a integralidade dos recursos financeiros correspondentes ao direito acumulado do participante for utilizada para a contratação de renda mensal vitalícia ou por prazo determinado, cujo prazo mínimo não poderá ser inferior ao período em que a respectiva reserva foi constituída, limitado ao mínimo de quinze anos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

Art. 15. Para efeito do disposto no inciso II do caput do artigo anterior, fica estabelecido que:

I - a portabilidade não caracteriza resgate; e

II - é vedado que os recursos financeiros correspondentes transitem pelos participantes dos planos de benefícios, sob qualquer forma.

Parágrafo único. O direito acumulado corresponde às reservas constituídas pelo participante ou à reserva matemática, o que lhe for mais favorável.

Art. 16. Os planos de benefícios devem ser, obrigatoriamente, oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores.

§ 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, são equiparáveis aos empregados e associados a que se refere o caput os gerentes, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes de patrocinadores e instituidores.

§ 2º É facultativa a adesão aos planos a que se refere o caput deste artigo.

§ 3º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos planos em extinção, assim considerados aqueles aos quais o acesso de novos participantes esteja vedado.

Art. 17. As alterações processadas nos regulamentos dos planos aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão regulador e fiscalizador, observado o direito acumulado de cada participante.

Parágrafo único. Ao participante que tenha cumprido os requisitos para obtenção dos benefícios previstos no plano é assegurada a aplicação das disposições regulamentares vigentes na data em que se tornou elegível a um benefício de aposentadoria.

Art. 18. O plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º O regime financeiro de capitalização é obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas.

§ 2º Observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, o cálculo das reservas técnicas atenderá às peculiaridades de cada plano de benefícios e deverá estar expresso em nota técnica atuarial, de apresentação obrigatória, incluindo as hipóteses utilizadas, que deverão guardar relação com as características da massa e da atividade desenvolvida pelo patrocinador ou instituidor.

§ 3º As reservas técnicas, provisões e fundos de cada plano de benefícios e os exigíveis a qualquer título deverão atender permanentemente à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios, ressalvadas excepcionalidades definidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

Art. 19. As contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, observadas as especificidades previstas nesta Lei Complementar.

Parágrafo único. As contribuições referidas no caput classificam-se em:

I - normais, aquelas destinadas ao custeio dos benefícios previstos no respectivo plano; e

II - extraordinárias, aquelas destinadas ao custeio de déficits, serviço passado e outras finalidades não incluídas na contribuição normal.

Art. 20. O resultado superavitário dos planos de benefícios das entidades fechadas, ao final do exercício, satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados planos, será destinado à constituição de reserva de contingência, para garantia de benefícios, até o limite de vinte e cinco por cento do valor das reservas matemáticas.

§ 1º Constituída a reserva de contingência, com os valores excedentes será constituída reserva especial para revisão do plano de benefícios.

§ 2º A não utilização da reserva especial por três exercícios consecutivos determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios da entidade.

§ 3º Se a revisão do plano de benefícios implicar redução de contribuições, deverá ser levada em consideração a proporção existente entre as contribuições dos patrocinadores e dos participantes, inclusive dos assistidos.

Art. 21. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar.

§ 1º O equacionamento referido no caput poderá ser feito, dentre outras formas, por meio do aumento do valor das contribuições, instituição de contribuição adicional ou redução do valor dos benefícios a conceder, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 2º A redução dos valores dos benefícios não se aplica aos assistidos, sendo cabível, nesse caso, a instituição de contribuição adicional para cobertura do acréscimo ocorrido em razão da revisão do plano.

§ 3º Na hipótese de retorno à entidade dos recursos equivalentes ao déficit previsto no caput deste artigo, em consequência de apuração de responsabilidade mediante ação judicial ou administrativa, os respectivos valores deverão ser aplicados necessariamente na redução proporcional das contribuições devidas ao plano ou em melhoria dos benefícios.

Art. 22. Ao final de cada exercício, coincidente com o ano civil, as entidades fechadas deverão levantar as demonstrações contábeis e as avaliações atuariais de cada plano de benefícios, por pessoa jurídica ou profissional legalmente habilitado, devendo os resultados ser encaminhados ao órgão regulador e fiscalizador e divulgados aos participantes e aos assistidos.

Art. 23. As entidades fechadas deverão manter atualizada sua contabilidade, de acordo com as instruções do órgão regulador e fiscalizador, consolidando a posição dos planos de benefícios que administram e executam, bem como submetendo suas contas a auditores independentes.

Parágrafo único. Ao final de cada exercício serão elaboradas as demonstrações contábeis e atuariais consolidadas, sem prejuízo dos controles por plano de benefícios.

Art. 24. A divulgação aos participantes, inclusive aos assistidos, das informações pertinentes aos planos de benefícios dar-se-á ao menos uma vez ao ano, na forma, nos prazos e pelos meios estabelecidos pelo órgão regulador e fiscalizador.

Parágrafo único. As informações requeridas formalmente pelo participante ou assistido, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal específico deverão ser atendidas pela entidade no prazo estabelecido pelo órgão regulador e fiscalizador.

Art. 25. O órgão regulador e fiscalizador poderá autorizar a extinção de plano de benefícios ou a retirada de patrocínio, ficando os patrocinadores e instituidores obrigados ao cumprimento da totalidade dos compromissos assumidos com a entidade relativamente aos direitos dos participantes, assistidos e obrigações legais, até a data da retirada ou extinção do plano.

Parágrafo único. Para atendimento do disposto no caput deste artigo, a situação de solvência econômico-financeira e atuarial da entidade deverá ser atestada por profissional devidamente habilitado, cujos relatórios serão encaminhados ao órgão regulador e fiscalizador.

Seção III

Dos Planos de Benefícios de Entidades Abertas

Art. 26. Os planos de benefícios instituídos por entidades abertas poderão ser:

I - individuais, quando acessíveis a quaisquer pessoas físicas; ou

II - coletivos, quando tenham por objetivo garantir benefícios previdenciários a pessoas físicas vinculadas, direta ou indiretamente, a uma pessoa jurídica contratante.

§ 1º O plano coletivo poderá ser contratado por uma ou várias pessoas jurídicas.

§ 2º O vínculo indireto de que trata o inciso II deste artigo refere-se aos casos em que uma entidade representativa de pessoas jurídicas contrate plano previdenciário coletivo para grupos de pessoas físicas vinculadas a suas filiadas.

§ 3º Os grupos de pessoas de que trata o parágrafo anterior poderão ser constituídos por uma ou mais categorias específicas de empregados de um mesmo empregador, podendo abranger empresas coligadas, controladas ou subsidiárias, e por membros de associações legalmente constituídas, de caráter profissional ou classista, e seus cônjuges ou companheiros e dependentes econômicos.

§ 4º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, são equiparáveis aos empregados e associados os diretores, conselheiros ocupantes de cargos eletivos e outros dirigentes ou gerentes da pessoa jurídica contratante.

§ 5º A implantação de um plano coletivo será celebrada mediante contrato, na forma, nos critérios, nas condições e nos requisitos mínimos a serem estabelecidos pelo órgão regulador.

§ 6º É vedada à entidade aberta a contratação de plano coletivo com pessoa jurídica cujo objetivo principal seja estipular, em nome de terceiros, planos de benefícios coletivos.

Art. 27. Observados os conceitos, a forma, as condições e os critérios fixados pelo órgão regulador, é assegurado aos participantes o direito à portabilidade, inclusive para plano de benefício de entidade fechada, e ao resgate de recursos das reservas técnicas, provisões e fundos, total ou parcialmente.

§ 1º A portabilidade não caracteriza resgate.

§ 2º É vedado, no caso de portabilidade:

I - que os recursos financeiros transitem pelos participantes, sob qualquer forma; e

II - a transferência de recursos entre participantes.

Art. 28. Os ativos garantidores das reservas técnicas, das provisões e dos fundos serão vinculados à ordem do órgão fiscalizador, na forma a ser regulamentada, e poderão ter sua livre movimentação suspensa pelo referido órgão, a partir da qual não poderão ser alienados ou prometidos alienar sem sua prévia e expressa autorização, sendo nulas, de pleno direito, quaisquer operações realizadas com violação daquela suspensão.

§ 1º Sendo imóvel, o vínculo será averbado à margem do respectivo registro no Cartório de Registro Geral de Imóveis competente, mediante comunicação do órgão fiscalizador.

§ 2º Os ativos garantidores a que se refere o caput, bem como os direitos deles decorrentes, não poderão ser gravados, sob qualquer forma, sem prévia e expressa autorização do órgão fiscalizador, sendo nulos os gravames constituídos com infringência do disposto neste parágrafo.

Art. 29. Compete ao órgão regulador, entre outras atribuições que lhe forem conferidas por lei:

I - fixar padrões adequados de segurança atuarial e econômico-financeira, para preservação da liquidez e solvência dos planos de benefícios, isoladamente, e de cada entidade aberta, no conjunto de suas atividades;

II - estabelecer as condições em que o órgão fiscalizador pode determinar a suspensão da comercialização ou a transferência, entre entidades abertas, de planos de benefícios; e

III - fixar condições que assegurem transparência, acesso a informações e fornecimento de dados relativos aos planos de benefícios, inclusive quanto à gestão dos respectivos recursos.

Art. 30. É facultativa a utilização de corretores na venda dos planos de benefícios das entidades abertas.

Parágrafo único. Aos corretores de planos de benefícios aplicam-se a legislação e a regulamentação da profissão de corretor de seguros.

CAPÍTULO III

DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Art. 31. As entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente:

I - aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores; e

II - aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores.

§ 1º As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos.

§ 2º As entidades fechadas constituídas por instituidores referidos no inciso II do caput deste artigo deverão, cumulativamente:

I - terceirizar a gestão dos recursos garantidores das reservas técnicas e provisões mediante a contratação de instituição especializada autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou outro órgão competente;

II - ofertar exclusivamente planos de benefícios na modalidade contribuição definida, na forma do parágrafo único do art. 7º desta Lei Complementar.

§ 3º Os responsáveis pela gestão dos recursos de que trata o inciso I do parágrafo anterior deverão manter segregados e totalmente isolados o seu patrimônio dos patrimônios do instituidor e da entidade fechada.

§ 4º Na regulamentação de que trata o caput, o órgão regulador e fiscalizador estabelecerá o tempo mínimo de existência do instituidor e o seu número mínimo de associados.

Art. 32. As entidades fechadas têm como objeto a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária.

Parágrafo único. É vedada às entidades fechadas a prestação de quaisquer serviços que não estejam no âmbito de seu objeto, observado o disposto no art. 76.

Art. 33. Dependerão de prévia e expressa autorização do órgão regulador e fiscalizador:

I - a constituição e o funcionamento da entidade fechada, bem como a aplicação dos respectivos estatutos, dos regulamentos dos planos de benefícios e suas alterações;

II - as operações de fusão, cisão, incorporação ou qualquer outra forma de reorganização societária, relativas às entidades fechadas;

III - as retiradas de patrocinadores; e

IV - as transferências de patrocínio, de grupo de participantes, de planos e de reservas entre entidades fechadas.

§ 1º Excetuado o disposto no inciso III deste artigo, é vedada a transferência para terceiros de participantes, de assistidos e de reservas constituídas para garantia de benefícios de risco atuarial programado, de acordo com normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 2º Para os assistidos de planos de benefícios na modalidade contribuição definida que mantiveram esta característica durante a fase de percepção de renda programada, o órgão regulador e fiscalizador poderá, em caráter excepcional, autorizar a transferência dos recursos garantidores dos benefícios para entidade de previdência complementar ou companhia seguradora autorizada a operar planos de previdência complementar, com o objetivo específico de contratar plano de renda vitalícia, observadas as normas aplicáveis.

Art. 34. As entidades fechadas podem ser qualificadas da seguinte forma, além de outras que possam ser definidas pelo órgão regulador e fiscalizador:

I - de acordo com os planos que administram:

a) de plano comum, quando administram plano ou conjunto de planos acessíveis ao universo de participantes; e

b) com multiplano, quando administram plano ou conjunto de planos de benefícios para diversos grupos de participantes, com independência patrimonial;

II - de acordo com seus patrocinadores ou instituidores:

a) singulares, quando estiverem vinculadas a apenas um patrocinador ou instituidor; e

b) multipatrocinadas, quando congregarem mais de um patrocinador ou instituidor.

Art. 35. As entidades fechadas deverão manter estrutura mínima composta por conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria-executiva.

§ 1º O estatuto deverá prever representação dos participantes e assistidos nos conselhos deliberativo e fiscal, assegurado a eles no mínimo um terço das vagas.

§ 2º Na composição dos conselhos deliberativo e fiscal das entidades qualificadas como multipatrocinadas, deverá ser considerado o número de participantes vinculados a cada patrocinador ou instituidor, bem como o montante dos respectivos patrimônios.

§ 3º Os membros do conselho deliberativo ou do conselho fiscal deverão atender aos seguintes requisitos mínimos:

I - comprovada experiência no exercício de atividades nas áreas financeira, administrativa, contábil, jurídica, de fiscalização ou de auditoria;

II - não ter sofrido condenação criminal transitada em julgado; e

III - não ter sofrido penalidade administrativa por infração da legislação da seguridade social ou como servidor público.

§ 4º Os membros da diretoria-executiva deverão ter formação de nível superior e atender aos requisitos do parágrafo anterior.

§ 5º Será informado ao órgão regulador e fiscalizador o responsável pelas aplicações dos recursos da entidade, escolhido entre os membros da diretoria-executiva.

§ 6º Os demais membros da diretoria-executiva responderão solidariamente com o dirigente indicado na forma do parágrafo anterior pelos danos e prejuízos causados à entidade para os quais tenham concorrido.

§ 7º Sem prejuízo do disposto no § 1º do art. 31 desta Lei Complementar, os membros da diretoria-executiva e dos conselhos deliberativo e fiscal poderão ser remunerados pelas entidades fechadas, de acordo com a legislação aplicável.

§ 8º Em caráter excepcional, poderão ser ocupados até trinta por cento dos cargos da diretoria-executiva por membros sem formação de nível superior, sendo assegurada a possibilidade de participação neste órgão de pelo menos um membro, quando da aplicação do referido percentual resultar número inferior à unidade.

CAPÍTULO IV

DAS ENTIDADES ABERTAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Art. 36. As entidades abertas são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas.

Parágrafo único. As sociedades seguradoras autorizadas a operar exclusivamente no ramo vida poderão ser autorizadas a operar os planos de benefícios a que se refere o caput, a elas se aplicando as disposições desta Lei Complementar.

Art. 37. Compete ao órgão regulador, entre outras atribuições que lhe forem conferidas por lei, estabelecer:

I - os critérios para a investidura e posse em cargos e funções de órgãos estatutários de entidades abertas, observado que o pretendente não poderá ter sofrido condenação criminal transitada em julgado, penalidade administrativa por infração da legislação da seguridade social ou como servidor público;

II - as normas gerais de contabilidade, auditoria, atuária e estatística a serem observadas pelas entidades abertas, inclusive quanto à padronização dos planos de contas, balanços gerais, balancetes e outras demonstrações financeiras, critérios sobre sua periodicidade, sobre a publicação desses documentos e sua remessa ao órgão fiscalizador;

III - os índices de solvência e liquidez, bem como as relações patrimoniais a serem atendidas pelas entidades abertas, observado que seu patrimônio líquido não poderá ser inferior ao respectivo passivo não operacional; e

IV - as condições que assegurem acesso a informações e fornecimento de dados relativos a quaisquer aspectos das atividades das entidades abertas.

Art. 38. Dependerão de prévia e expressa aprovação do órgão fiscalizador:

I - a constituição e o funcionamento das entidades abertas, bem como as disposições de seus estatutos e as respectivas alterações;

II - a comercialização dos planos de benefícios;

III - os atos relativos à eleição e conseqüente posse de administradores e membros de conselhos estatutários; e

IV - as operações relativas à transferência do controle acionário, fusão, cisão, incorporação ou qualquer outra forma de reorganização societária.

Parágrafo único. O órgão regulador disciplinará o tratamento administrativo a ser emprestado ao exame dos assuntos constantes deste artigo.

Art. 39. As entidades abertas deverão comunicar ao órgão fiscalizador, no prazo e na forma estabelecidos:

I - os atos relativos às alterações estatutárias e à eleição de administradores e membros de conselhos estatutários; e

II - o responsável pela aplicação dos recursos das reservas técnicas, provisões e fundos, escolhido dentre os membros da diretoria-executiva.

Parágrafo único. Os demais membros da diretoria-executiva responderão solidariamente com o dirigente indicado na forma do inciso II deste artigo pelos danos e prejuízos causados à entidade para os quais tenham concorrido.

Art. 40. As entidades abertas deverão levantar no último dia útil de cada mês e semestre, respectivamente, balancetes mensais e balanços gerais, com observância das regras e dos critérios estabelecidos pelo órgão regulador.

Parágrafo único. As sociedades seguradoras autorizadas a operar planos de benefícios deverão apresentar nas demonstrações financeiras, de forma discriminada, as atividades previdenciárias e as de seguros, de acordo com critérios fixados pelo órgão regulador.

CAPÍTULO V

DA FISCALIZAÇÃO

Art. 41. No desempenho das atividades de fiscalização das entidades de previdência complementar, os servidores do órgão regulador e fiscalizador terão livre acesso às respectivas entidades, delas podendo requisitar e apreender livros, notas técnicas e quaisquer documentos, caracterizando-se embaraço à fiscalização, sujeito às penalidades previstas em lei, qualquer dificuldade oposta à consecução desse objetivo.

§ 1º O órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas poderá solicitar dos patrocinadores e instituidores informações relativas aos aspectos específicos que digam respeito aos compromissos assumidos frente aos respectivos planos de benefícios.

§ 2º A fiscalização a cargo do Estado não exime os patrocinadores e os instituidores da responsabilidade pela supervisão sistemática das atividades das suas respectivas entidades fechadas.

§ 3º As pessoas físicas ou jurídicas submetidas ao regime desta Lei Complementar ficam obrigadas a prestar quaisquer informações ou esclarecimentos solicitados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 4º O disposto neste artigo aplica-se, sem prejuízo da competência das autoridades fiscais, relativamente ao pleno exercício das atividades de fiscalização tributária.

Art. 42. O órgão regulador e fiscalizador poderá, em relação às entidades fechadas, nomear administrador especial, a expensas da entidade, com poderes próprios de intervenção e de liquidação extrajudicial, com o objetivo de sanear plano de benefícios específico, caso seja constatada na sua administração e execução alguma das hipóteses previstas nos arts. 44 e 48 desta Lei Complementar.

Parágrafo único. O ato de nomeação de que trata o caput estabelecerá as condições, os limites e as atribuições do administrador especial.

Art. 43. O órgão fiscalizador poderá, em relação às entidades abertas, desde que se verifique uma das condições previstas no art. 44 desta Lei Complementar, nomear, por prazo determinado, prorrogável a seu critério, e a expensas da respectiva entidade, um diretor-fiscal.

§ 1º O diretor-fiscal, sem poderes de gestão, terá suas atribuições estabelecidas pelo órgão regulador, cabendo ao órgão fiscalizador fixar sua remuneração.

§ 2º Se reconhecer a inviabilidade de recuperação da entidade aberta ou a ausência de qualquer condição para o seu funcionamento, o diretor-fiscal proporá ao órgão fiscalizador a decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial.

§ 3º O diretor-fiscal não está sujeito à indisponibilidade de bens, nem aos demais efeitos decorrentes da decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial da entidade aberta.

CAPÍTULO VI

DA INTERVENÇÃO E DA LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Seção I

Da Intervenção

Art. 44. Para resguardar os direitos dos participantes e assistidos poderá ser decretada a intervenção na entidade de previdência complementar, desde que se verifique, isolada ou cumulativamente:

I - irregularidade ou insuficiência na constituição das reservas técnicas, provisões e fundos, ou na sua cobertura por ativos garantidores;

II - aplicação dos recursos das reservas técnicas, provisões e fundos de forma inadequada ou em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos competentes;

III - descumprimento de disposições estatutárias ou de obrigações previstas nos regulamentos dos planos de benefícios, convênios de adesão ou contratos dos planos coletivos de que trata o inciso II do art. 26 desta Lei Complementar;

IV - situação econômico-financeira insuficiente à preservação da liquidez e solvência de cada um dos planos de benefícios e da entidade no conjunto de suas atividades;

V - situação atuarial desequilibrada;

VI - outras anormalidades definidas em regulamento.

Art. 45. A intervenção será decretada pelo prazo necessário ao exame da situação da entidade e encaminhamento de plano destinado à sua recuperação.

Parágrafo único. Dependerão de prévia e expressa autorização do órgão competente os atos do interventor que impliquem oneração ou disposição do patrimônio.

Art. 46. A intervenção cessará quando aprovado o plano de recuperação da entidade pelo órgão competente ou se decretada a sua liquidação extrajudicial.

Seção II

Da Liquidação Extrajudicial

Art. 47. As entidades fechadas não poderão solicitar concordata e não estão sujeitas a falência, mas somente a liquidação extrajudicial.

Art. 48. A liquidação extrajudicial será decretada quando reconhecida a inviabilidade de recuperação da entidade de previdência complementar ou pela ausência de condição para seu funcionamento.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se por ausência de condição para funcionamento de entidade de previdência complementar:

I - (VETADO)

II - (VETADO)

III - o não atendimento às condições mínimas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

Art. 49. A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:

I - suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda;

II - vencimento antecipado das obrigações da liquidanda;

III - não incidência de penalidades contratuais contra a entidade por obrigações vencidas em decorrência da decretação da liquidação extrajudicial;

IV - não fluência de juros contra a liquidanda enquanto não integralmente pago o passivo;

V - interrupção da prescrição em relação às obrigações da entidade em liquidação;

VI - suspensão de multa e juros em relação às dívidas da entidade;

VII - inexistência de penas pecuniárias por infrações de natureza administrativa;

VIII - interrupção do pagamento à liquidanda das contribuições dos participantes e dos patrocinadores, relativas aos planos de benefícios.

§ 1º As faculdades previstas nos incisos deste artigo aplicam-se, no caso das entidades abertas de previdência complementar, exclusivamente, em relação às suas atividades de natureza previdenciária.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica às ações e aos débitos de natureza tributária.

Art. 50. O liquidante organizará o quadro geral de credores, realizará o ativo e liquidará o passivo.

§ 1º Os participantes, inclusive os assistidos, dos planos de benefícios ficam dispensados de se habilitarem a seus respectivos créditos, estejam estes sendo recebidos ou não.

§ 2º Os participantes, inclusive os assistidos, dos planos de benefícios terão privilégio especial sobre os ativos garantidores das reservas técnicas e, caso estes não sejam suficientes para a cobertura dos direitos respectivos, privilégio geral sobre as demais partes não vinculadas ao ativo.

§ 3º Os participantes que já estiverem recebendo benefícios, ou que já tiverem adquirido este direito antes de decretada a liquidação extrajudicial, terão preferência sobre os demais participantes.

§ 4º Os créditos referidos nos parágrafos anteriores deste artigo não têm preferência sobre os créditos de natureza trabalhista ou tributária.

Art. 51. Serão obrigatoriamente levantados, na data da decretação da liquidação extrajudicial de entidade de previdência complementar, o balanço geral de liquidação e as demonstrações contábeis e atuariais necessárias à determinação do valor das reservas individuais.

Art. 52. A liquidação extrajudicial poderá, a qualquer tempo, ser levantada, desde que constatados fatos supervenientes que viabilizem a recuperação da entidade de previdência complementar.

Art. 53. A liquidação extrajudicial das entidades fechadas encerrar-se-á com a aprovação, pelo órgão regulador e fiscalizador, das contas finais do liquidante e com a baixa nos devidos registros.

Parágrafo único. Comprovada pelo liquidante a inexistência de ativos para satisfazer a possíveis créditos reclamados contra a entidade, deverá tal situação ser comunicada ao juízo competente e efetivados os devidos registros, para o encerramento do processo de liquidação.

Seção III

Disposições Especiais

Art. 54. O interventor terá amplos poderes de administração e representação e o liquidante plenos poderes de administração, representação e liquidação.

Art. 55. Compete ao órgão fiscalizador decretar, aprovar e rever os atos de que tratam os arts. 45, 46 e 48 desta Lei Complementar, bem como nomear, por intermédio do seu dirigente máximo, o interventor ou o liquidante.

Art. 56. A intervenção e a liquidação extrajudicial determinam a perda do mandato dos administradores e membros dos conselhos estatutários das entidades, sejam titulares ou suplentes.

Art. 57. Os créditos das entidades de previdência complementar, em caso de liquidação ou falência de patrocinadores, terão privilégio especial sobre a massa, respeitado o privilégio dos créditos trabalhistas e tributários.

Parágrafo único. Os administradores dos respectivos patrocinadores serão responsabilizados pelos danos ou prejuízos causados às entidades de previdência complementar, especialmente pela falta de aporte das contribuições a que estavam obrigados, observado o disposto no parágrafo único do art. 63 desta Lei Complementar.

Art. 58. No caso de liquidação extrajudicial de entidade fechada motivada pela falta de aporte de contribuições de patrocinadores ou pelo não recolhimento de contribuições de participantes, os administradores daqueles também serão responsabilizados pelos danos ou prejuízos causados.

Art. 59. Os administradores, controladores e membros de conselhos estatutários das entidades de previdência complementar sob intervenção ou em liquidação extrajudicial

ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até a apuração e liquidação final de suas responsabilidades.

§ 1º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a intervenção ou liquidação extrajudicial e atinge todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores.

§ 2º A indisponibilidade poderá ser estendida aos bens de pessoas que, nos últimos doze meses, os tenham adquirido, a qualquer título, das pessoas referidas no caput e no parágrafo anterior, desde que haja seguros elementos de convicção de que se trata de simulada transferência com o fim de evitar os efeitos desta Lei Complementar.

§ 3º Não se incluem nas disposições deste artigo os bens considerados inalienáveis ou impenhoráveis pela legislação em vigor.

§ 4º Não são também atingidos pela indisponibilidade os bens objeto de contrato de alienação, de promessas de compra e venda e de cessão de direitos, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público até doze meses antes da data de decretação da intervenção ou liquidação extrajudicial.

§ 5º Não se aplica a indisponibilidade de bens das pessoas referidas no caput deste artigo no caso de liquidação extrajudicial de entidades fechadas que deixarem de ter condições para funcionar por motivos totalmente desvinculados do exercício das suas atribuições, situação esta que poderá ser revista a qualquer momento, pelo órgão regulador e fiscalizador, desde que constatada a existência de irregularidades ou indícios de crimes por elas praticados.

Art. 60. O interventor ou o liquidante comunicará a indisponibilidade de bens aos órgãos competentes para os devidos registros e publicará edital para conhecimento de terceiros.

Parágrafo único. A autoridade que receber a comunicação ficará, relativamente a esses bens, impedida de:

- I - fazer transcrições, inscrições ou averbações de documentos públicos ou particulares;
- II - arquivar atos ou contratos que importem em transferência de cotas sociais, ações ou partes beneficiárias;
- III - realizar ou registrar operações e títulos de qualquer natureza; e
- IV - processar a transferência de propriedade de veículos automotores, aeronaves e embarcações.

Art. 61. A apuração de responsabilidades específicas referida no caput do art. 59 desta Lei Complementar será feita mediante inquérito a ser instaurado pelo órgão regulador e fiscalizador, sem prejuízo do disposto nos arts. 63 a 65 desta Lei Complementar.

§ 1º Se o inquérito concluir pela inexistência de prejuízo, será arquivado no órgão fiscalizador.

§ 2º Concluindo o inquérito pela existência de prejuízo, será ele, com o respectivo relatório, remetido pelo órgão regulador e fiscalizador ao Ministério Público, observados os seguintes procedimentos:

I - o interventor ou o liquidante, de ofício ou a requerimento de qualquer interessado que não tenha sido indiciado no inquérito, após aprovação do respectivo relatório pelo órgão fiscalizador, determinará o levantamento da indisponibilidade de que trata o art. 59 desta Lei Complementar;

II - será mantida a indisponibilidade com relação às pessoas indicadas no inquérito, após aprovação do respectivo relatório pelo órgão fiscalizador.

Art. 62. Aplicam-se à intervenção e à liquidação das entidades de previdência complementar, no que couber, os dispositivos da legislação sobre a intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras, cabendo ao órgão regulador e fiscalizador as funções atribuídas ao Banco Central do Brasil.

CAPÍTULO VII

DO REGIME DISCIPLINAR

Art. 63. Os administradores de entidade, os procuradores com poderes de gestão, os membros de conselhos estatutários, o interventor e o liquidante responderão civilmente pelos danos ou prejuízos que causarem, por ação ou omissão, às entidades de previdência complementar.

Parágrafo único. São também responsáveis, na forma do caput, os administradores dos patrocinadores ou instituidores, os atuários, os auditores independentes, os avaliadores de gestão e outros profissionais que prestem serviços técnicos à entidade, diretamente ou por intermédio de pessoa jurídica contratada.

Art. 64. O órgão fiscalizador competente, o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários ou a Secretaria da Receita Federal, constatando a existência de práticas irregulares ou indícios de crimes em entidades de previdência complementar, noticiará ao Ministério Público, enviando-lhe os documentos comprobatórios.

Parágrafo único. O sigilo de operações não poderá ser invocado como óbice à troca de informações entre os órgãos mencionados no caput, nem ao fornecimento de informações requisitadas pelo Ministério Público.

Art. 65. A infração de qualquer disposição desta Lei Complementar ou de seu regulamento, para a qual não haja penalidade expressamente cominada, sujeita a pessoa física ou jurídica responsável, conforme o caso e a gravidade da infração, às seguintes penalidades administrativas, observado o disposto em regulamento:

I - advertência;

II - suspensão do exercício de atividades em entidades de previdência complementar pelo prazo de até cento e oitenta dias;

III - inabilitação, pelo prazo de dois a dez anos, para o exercício de cargo ou função em entidades de previdência complementar, sociedades seguradoras, instituições financeiras e no serviço público; e

IV - multa de dois mil reais a um milhão de reais, devendo esses valores, a partir da publicação desta Lei Complementar, ser reajustados de forma a preservar, em caráter permanente, seus valores reais.

§ 1º A penalidade prevista no inciso IV será imputada ao agente responsável, respondendo solidariamente a entidade de previdência complementar, assegurado o direito de regresso, e poderá ser aplicada cumulativamente com as constantes dos incisos I, II ou III deste artigo.

§ 2º Das decisões do órgão fiscalizador caberá recurso, no prazo de quinze dias, com efeito suspensivo, ao órgão competente.

§ 3º O recurso a que se refere o parágrafo anterior, na hipótese do inciso IV deste artigo, somente será conhecido se for comprovado pelo requerente o pagamento antecipado, em favor do órgão fiscalizador, de trinta por cento do valor da multa aplicada.

§ 4º Em caso de reincidência, a multa será aplicada em dobro.

Art. 66. As infrações serão apuradas mediante processo administrativo, na forma do regulamento, aplicando-se, no que couber, o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. (Vide Decreto nº 4.942, de 30.12.2003)

Art. 67. O exercício de atividade de previdência complementar por qualquer pessoa, física ou jurídica, sem a autorização devida do órgão competente, inclusive a comercialização de planos de benefícios, bem como a captação ou a administração de recursos de terceiros com o objetivo de, direta ou indiretamente, adquirir ou conceder benefícios previdenciários sob qualquer forma, submete o responsável à penalidade de inabilitação pelo prazo de dois a dez anos para o exercício de cargo ou função em entidade de previdência complementar, sociedades seguradoras, instituições financeiras e no serviço público, além de multa aplicável de acordo com o disposto no inciso IV do art. 65 desta Lei Complementar, bem como noticiar ao Ministério Público.

CAPÍTULO VIII

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 68. As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.

§ 1º Os benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano.

§ 2º A concessão de benefício pela previdência complementar não depende da concessão de benefício pelo regime geral de previdência social.

Art. 69. As contribuições vertidas para as entidades de previdência complementar, destinadas ao custeio dos planos de benefícios de natureza previdenciária, são dedutíveis para fins de incidência de imposto sobre a renda, nos limites e nas condições fixadas em lei.

§ 1º Sobre as contribuições de que trata o caput não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza.

§ 2º Sobre a portabilidade de recursos de reservas técnicas, fundos e provisões entre planos de benefícios de entidades de previdência complementar, titulados pelo mesmo participante, não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza.

Art. 70. (VETADO)

Art. 71. É vedado às entidades de previdência complementar realizar quaisquer operações comerciais e financeiras:

I - com seus administradores, membros dos conselhos estatutários e respectivos cônjuges ou companheiros, e com seus parentes até o segundo grau;

II - com empresa de que participem as pessoas a que se refere o inciso anterior, exceto no caso de participação de até cinco por cento como acionista de empresa de capital aberto; e

III - tendo como contraparte, mesmo que indiretamente, pessoas físicas e jurídicas a elas ligadas, na forma definida pelo órgão regulador.

Parágrafo único. A vedação deste artigo não se aplica ao patrocinador, aos participantes e aos assistidos, que, nessa condição, realizarem operações com a entidade de previdência complementar.

Art. 72. Compete privativamente ao órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas zelar pelas sociedades civis e fundações, como definido no art. 31 desta Lei Complementar, não se aplicando a estas o disposto nos arts. 26 e 30 do Código Civil e 1.200 a 1.204 do Código de Processo Civil e demais disposições em contrário.

Art. 73. As entidades abertas serão reguladas também, no que couber, pela legislação aplicável às sociedades seguradoras.

Art. 74. Até que seja publicada a lei de que trata o art. 5º desta Lei Complementar, as funções do órgão regulador e do órgão fiscalizador serão exercidas pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, por intermédio, respectivamente, do Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC) e da Secretaria de Previdência Complementar (SPC), relativamente às entidades fechadas, e pelo Ministério da Fazenda, por intermédio do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), em relação, respectivamente, à regulação e fiscalização das entidades abertas.

Art. 75. Sem prejuízo do benefício, prescreve em cinco anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes, na forma do Código Civil.

Art. 76. As entidades fechadas que, na data da publicação desta Lei Complementar, prestarem a seus participantes e assistidos serviços assistenciais à saúde poderão continuar a fazê-lo, desde que seja estabelecido um custeio específico para os planos assistenciais e que a

sua contabilização e o seu patrimônio sejam mantidos em separado em relação ao plano previdenciário.

§ 1º Os programas assistenciais de natureza financeira deverão ser extintos a partir da data de publicação desta Lei Complementar, permanecendo em vigência, até o seu termo, apenas os compromissos já firmados.

§ 2º Consideram-se programas assistenciais de natureza financeira, para os efeitos desta Lei Complementar, aqueles em que o rendimento situa-se abaixo da taxa mínima atuarial do respectivo plano de benefícios.

Art. 77. As entidades abertas sem fins lucrativos e as sociedades seguradoras autorizadas a funcionar em conformidade com a Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, terão o prazo de dois anos para se adaptar ao disposto nesta Lei Complementar.

§ 1º No caso das entidades abertas sem fins lucrativos já autorizadas a funcionar, é permitida a manutenção de sua organização jurídica como sociedade civil, sendo-lhes vedado participar, direta ou indiretamente, de pessoas jurídicas, exceto quando tiverem participação acionária:

I - minoritária, em sociedades anônimas de capital aberto, na forma regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional, para aplicação de recursos de reservas técnicas, fundos e provisões;

II - em sociedade seguradora e/ou de capitalização.

§ 2º É vedado à sociedade seguradora e/ou de capitalização referida no inciso II do parágrafo anterior participar majoritariamente de pessoas jurídicas, ressalvadas as empresas de suporte ao seu funcionamento e as sociedades anônimas de capital aberto, nas condições previstas no inciso I do parágrafo anterior.

§ 3º A entidade aberta sem fins lucrativos e a sociedade seguradora e/ou de capitalização por ela controlada devem adaptar-se às condições estabelecidas nos §§ 1º e 2º, no mesmo prazo previsto no caput deste artigo.

§ 4º As reservas técnicas de planos já operados por entidades abertas de previdência privada sem fins lucrativos, anteriormente à data de publicação da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, poderão permanecer garantidas por ativos de propriedade da entidade, existentes à época, dentro de programa gradual de ajuste às normas estabelecidas pelo órgão regulador sobre a matéria, a ser submetido pela entidade ao órgão fiscalizador no prazo máximo de doze meses a contar da data de publicação desta Lei Complementar.

§ 5º O prazo máximo para o término para o programa gradual de ajuste a que se refere o parágrafo anterior não poderá superar cento e vinte meses, contados da data de aprovação do respectivo programa pelo órgão fiscalizador.

§ 6º As entidades abertas sem fins lucrativos que, na data de publicação desta Lei Complementar, já vinham mantendo programas de assistência filantrópica, prévia e expressamente autorizados, poderão, para efeito de cobrança, adicionar às contribuições de seus planos de benefícios valor destinado àqueles programas, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador.

§ 7º A aplicabilidade do disposto no parágrafo anterior fica sujeita, sob pena de cancelamento da autorização previamente concedida, à prestação anual de contas dos programas filantrópicos e à aprovação pelo órgão competente.

§ 8º O descumprimento de qualquer das obrigações contidas neste artigo sujeita os administradores das entidades abertas sem fins lucrativos e das sociedades seguradora e/ou de capitalização por elas controladas ao Regime Disciplinar previsto nesta Lei Complementar, sem prejuízo da responsabilidade civil por danos ou prejuízos causados, por ação ou omissão, à entidade.

Art. 78. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 79. Revogam-se as Leis nº 6.435, de 15 de julho de 1977, e nº 6.462, de 9 de novembro de 1977.

Brasília, 29 de maio de 2001; 180º da Independência e 113º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Gregori

Pedro Malan

Roberto Brant

ANEXO C – Decreto n.º 4.942, de 30 de dezembro de 2003

DECRETO Nº 4.942, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2003.

Regulamenta o processo administrativo para apuração de responsabilidade por infração à legislação no âmbito do regime da previdência complementar, operado pelas entidades fechadas de previdência complementar, de que trata o art. 66 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, a aplicação das penalidades administrativas, e dá outras providências.

PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001,

DECRETA:

CAPÍTULO I

DO ÂMBITO DE ABRANGÊNCIA

Art. 1º O processo administrativo para apuração de responsabilidade por infração à legislação no âmbito do regime da previdência complementar, operado pelas entidades fechadas de previdência complementar, e a aplicação das correspondentes penalidades são disciplinados por este Decreto.

Art. 2º O processo administrativo tratado neste Decreto é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de pessoa física ou jurídica, por ação ou omissão, no exercício de suas atribuições ou competências, e terá início com a lavratura do auto de infração ou a instauração do inquérito administrativo.

Parágrafo único. O inquérito administrativo decorrerá da decretação de intervenção ou liquidação extrajudicial, nos termos do art. 61 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, do oferecimento de denúncia e representação, bem como de atividade de fiscalização levada a efeito pela Secretaria de Previdência Complementar.

CAPÍTULO II

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DECORRENTE DO AUTO DE INFRAÇÃO

Seção I

Da Lavratura do Auto de Infração

Art. 3º O auto de infração é o documento destinado ao registro de ocorrência de infração praticada no âmbito do regime da previdência complementar, operado pelas entidades fechadas de previdência complementar.

Parágrafo único. Em uma mesma atividade de fiscalização, serão lavrados tantos autos de infração quantas forem as infrações cometidas.

Art. 4º O auto de infração conterá os seguintes requisitos:

I - local e data de sua lavratura;

II - identificação do autuado;

III - descrição sumária da infração;

IV - os fundamentos legais da autuação e das circunstâncias em que foi praticada;

V - identificação da autoridade autuante com cargo ou função, número de matrícula e assinatura; e

VI - prazo e local para apresentação da defesa.

Art. 5º O auto de infração será emitido em tantas vias quantas necessárias, sendo uma destinada à instauração do processo administrativo, uma à notificação de cada autuado e outra à entidade fechada de previdência complementar.

Art. 6º A notificação realizar-se-á:

I - por via postal, comprovando-se sua entrega pelo aviso de recebimento ou documento similar com mesma finalidade, emitido pelo serviço postal;

II - mediante ciência do autuado ou do seu representante legal, efetivada por servidor designado, ou, no caso de recusa, de aposição de assinatura em declaração expressa de quem proceder à notificação; ou

III - por edital, publicado uma única vez no Diário Oficial da União, se frustradas as tentativas de notificação por via postal e pessoal, ou pela constatação de estar o autuado em lugar incerto ou ignorado, devendo constar do edital o termo inicial para contagem do prazo para apresentação da defesa.

§ 1º Se o autuado tomar ciência do auto de infração antes de receber a notificação, o prazo para a apresentação da defesa será contado a partir da referida ciência.

§ 2º A entrega do auto de infração a procurador exige juntada de procuração com poderes para receber notificação, podendo ser a cópia desta autenticada pelo servidor à vista do original.

Art. 7º Será lavrado o auto de infração decorrente do não-atendimento de requisição de documentos ou de informação formalizada pela Secretaria de Previdência Complementar, ou ainda por sua apresentação deficiente ou incompleta.

Parágrafo único. A requisição prevista no **caput** deverá ser formulada por escrito, com antecedência de, pelo menos, três dias úteis.

Art. 8º O auto de infração observará o modelo a ser definido pela Secretaria de Previdência Complementar.

Seção II

Da Defesa

Art. 9º O autuado poderá apresentar defesa à Secretaria de Previdência Complementar, no prazo de quinze dias, contado da data do recebimento da notificação, indicando:

I - a autoridade a quem é dirigida;

II - a qualificação do autuado;

III - os motivos, de fato e de direito, que sustentam a defesa; e

IV - todas as provas que pretende produzir de forma justificada, inclusive o rol de eventuais testemunhas.

Parágrafo único. Para cada auto de infração poderá ser apresentada defesa em conjunto ou separadamente, se forem dois ou mais os autuados.

Art. 10. A defesa apresentada fora do prazo não será conhecida.

Seção III

Do Julgamento e da Decisão-Notificação

Art. 11. Compete ao Secretário de Previdência Complementar julgar o auto de infração.

Art. 12. A decisão-notificação é o documento pelo qual se dá ciência ao autuado do resultado do julgamento do auto de infração.

§ 1º Integra a decisão-notificação o relatório contendo resumo dos fatos apurados, a análise da defesa e das provas produzidas.

§ 2º O autuado tomará ciência da decisão-notificação, observado o disposto no art. 6º deste Decreto.

Seção IV

Do Recurso

Art. 13. Da decisão do Secretário de Previdência Complementar caberá recurso ao Conselho de Gestão da Previdência Complementar, com efeito suspensivo, no prazo de quinze dias, contado do recebimento da decisão-notificação.

§ 1º O recurso, dirigido ao Conselho de Gestão da Previdência Complementar, será protocolado na Secretaria de Previdência Complementar.

§ 2º O recurso poderá ser remetido à Secretaria de Previdência Complementar por via postal, com aviso de recebimento, considerando-se como data da sua interposição a data da respectiva postagem.

§ 3º É facultado ao Secretário de Previdência Complementar reconsiderar motivadamente sua decisão, no prazo de quinze dias, contado do recebimento do recurso.

Art. 14. O recurso voluntário, na hipótese de penalidade de multa, somente será conhecido se for comprovado pelo recorrente, no ato de interposição do recurso, o depósito antecipado de trinta por cento do valor da multa aplicada.

Parágrafo único. O depósito efetuado por um dos autuados não aproveita aos demais.

Art. 15. Não será conhecido o recurso interposto intempestivamente.

Art. 16. Será objeto de recurso de ofício a decisão que anular ou cancelar o auto de infração, bem como a reconsideração prevista no § 3º do art. 13.

Art. 17. Após o julgamento do recurso pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar, o processo administrativo será devolvido à Secretaria de Previdência Complementar para as providências cabíveis.

§ 1º A decisão do julgamento do recurso pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar será publicada no Diário Oficial da União.

§ 2º Não cabe recurso contra decisão do Conselho de Gestão da Previdência Complementar.

Art. 18. O suporte administrativo ao Conselho de Gestão da Previdência Complementar, como órgão recursal, caberá à Secretaria de Previdência Complementar.

Art. 19. É definitiva a decisão proferida contra a qual não caiba mais recurso.

Seção V

Do Depósito Antecipado

Art. 20. Em caso de provimento do recurso, o depósito será restituído ao depositante, devidamente corrigido.

Parágrafo único. Quando o depósito efetuado superar a multa aplicada em última e definitiva instância administrativa, o valor excedente será devolvido ao depositante, devidamente corrigido.

Art. 21. A Secretaria de Previdência Complementar definirá as regras para o recolhimento, atualização e levantamento do depósito.

Seção VI

Das Penalidades Administrativas

Art. 22. A inobservância das disposições contidas nas Leis Complementares nºs 108, de 29 de maio de 2001, e 109, de 2001, ou de sua regulamentação, sujeita o infrator às seguintes penalidades administrativas:

I - advertência;

II - suspensão do exercício de atividades em entidade de previdência complementar pelo prazo de até cento e oitenta dias;

III - inabilitação, pelo prazo de dois a dez anos, para o exercício de cargo ou função em entidade de previdência complementar, sociedades seguradoras, instituições financeiras e no serviço público; e

IV - multa de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), devendo estes valores, a partir de 30 de maio de 2001, ser reajustados de forma a preservar, em caráter permanente, seus valores reais.

§ 1º A penalidade prevista no inciso IV poderá ser aplicada cumulativamente com as constantes dos incisos I, II ou III.

§ 2º Desde que não tenha havido prejuízo à entidade, ao plano de benefícios por ela administrado ou ao participante e não se verifique circunstância agravante prevista no inciso II do art. 23, se o infrator corrigir a irregularidade cometida no prazo fixado pela Secretaria de Previdência Complementar, não será lavrado o auto de infração.

Art. 23. As penalidades previstas no art. 22 serão aplicadas pela Secretaria de Previdência Complementar, levando em consideração as seguintes circunstâncias atenuantes ou agravantes:

I - atenuantes:

a) a inexistência de prejuízos à entidade fechada de previdência complementar, ao plano de benefícios por ela administrado ou ao participante;

b) a regularização do ato que ensejou a infração, até a decisão administrativa de primeira instância;

II - agravantes:

a) reincidência;

b) cometimento de infração com a obtenção de vantagens indevidas, de qualquer espécie, em benefício próprio ou de outrem;

c) não-adoção de providências no sentido de evitar ou reparar atos lesivos dos quais tenha tomado conhecimento.

§ 1º Para cada atenuante verificada, a penalidade de multa será reduzida em vinte por cento do seu valor original e nas hipóteses de suspensão e inabilitação, os prazos serão reduzidos em dez por cento, respeitados os prazos mínimos previstos nos incisos II e III do art. 22.

§ 2º Para cada agravante verificada, a penalidade de multa será aumentada em vinte por cento do seu valor original, exceto no caso de reincidência, ao qual se aplica o § 5º deste artigo, e nas hipóteses de suspensão e inabilitação, os prazos serão aumentados em dez por cento, respeitados os prazos máximos previstos nos incisos II e III do art. 22.

§ 3º A existência de uma das agravantes previstas no inciso II exclui a incidência das atenuantes previstas no inciso I.

§ 4º Caracteriza a reincidência a infração ao mesmo dispositivo legal, pela mesma pessoa, no período de cinco anos, contados da decisão condenatória administrativa definitiva.

§ 5º A penalidade de multa, na reincidência, será aplicada em dobro, respeitado o limite previsto no inciso IV do art. 22 deste Decreto.

§ 6º Não serão consideradas para efeito de reincidência as infrações cometidas na vigência da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977.

Art. 24. Na hipótese de aplicação da penalidade prevista no inciso II do art. 22, o infrator não fará jus à remuneração paga pela entidade fechada de previdência complementar, durante o período em que perdurar a suspensão.

Art. 25. A penalidade de multa será imputada ao agente responsável pela infração.

Parágrafo único. O pagamento da multa caberá ao agente responsável pela infração, podendo a Secretaria de Previdência Complementar exigí-lo da entidade fechada de previdência complementar solidariamente responsável, assegurado o direito de regresso.

Art. 26. A multa pecuniária, prevista no inciso IV do art. 22:

I - será recolhida ao Tesouro Nacional, por meio de Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, no prazo máximo de quinze dias, contado do recebimento da decisão definitiva;

II - se recolhida fora do prazo estabelecido no inciso I deste artigo, será corrigida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - INPC/IBGE ou índice que vier a substituí-lo, até a data de seu efetivo pagamento;

III - quando não recolhida até a data de seu vencimento, será objeto de inscrição na Dívida Ativa da União.

§ 1º Cabe ao infrator a comprovação do pagamento da multa junto à Secretaria de Previdência Complementar.

§ 2º Ao final de cada exercício, a Secretaria de Previdência Complementar promoverá a atualização, pelo INPC-IBGE ou por outro índice que vier a substituí-lo, do valor das multas aplicáveis e seus limites mínimo e máximo, para vigorar no exercício seguinte.

§ 3º A primeira atualização a que se refere o § 2º considerará todo o período decorrido desde a data de publicação da Lei Complementar nº 109, de 2001.

§ 4º Até que se dê a divulgação dos valores referidos no § 2º deste artigo, serão aplicados os valores nominais e limites vigentes.

Art. 27. Sem prejuízo da aplicação da penalidade cabível, será noticiado ao Ministério Público o exercício de atividade no âmbito do regime de previdência complementar por qualquer pessoa, física ou jurídica, sem a autorização devida da Secretaria de Previdência Complementar, inclusive a comercialização de planos de benefícios, bem como a captação ou a administração de recursos de terceiros com o objetivo de, direta ou indiretamente, adquirir ou conceder benefícios previdenciários sob qualquer forma.

Parágrafo único. A Secretaria de Previdência Complementar poderá requisitar, por escrito, documentos ou informações a pessoa física ou jurídica, para o fim de apuração das irregularidades descritas no *caput*.

Seção VII

Da Contagem dos Prazos

Art. 28. Computar-se-ão os prazos excluindo o dia de começo e incluindo o do vencimento.

§ 1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em feriado nacional ou em dia que não houver expediente na Secretaria de Previdência Complementar ou quando este for encerrado antes da hora normal.

§ 2º Os prazos somente começam a correr a partir do primeiro dia útil após a notificação.

§ 3º Havendo dois ou mais autuados no mesmo processo, os prazos processuais serão comuns.

Art. 29. Para a notificação postal, sempre será utilizado o aviso de recebimento ou documento similar expedido pelo serviço postal.

Parágrafo único. O início da contagem do prazo dar-se-á a partir do primeiro dia útil após a notificação.

Art. 30. É ônus do autuado manter atualizado nos autos seu endereço, assim como o de seu procurador, sob pena de ser considerada válida a notificação promovida no endereço que deles constar.

Seção VIII

Da Prescrição e da Extinção da Punibilidade

Art. 31. Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Secretaria de Previdência Complementar, no exercício do poder de polícia, objetivando aplicar penalidade e apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente, do dia em que tiver ela cessado, ou, no caso de infração continuada, do último ato praticado.

Art. 32. Ocorre a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, sendo os autos arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

Art. 33. Interrompe-se a prescrição:

- I - pela notificação do autuado, inclusive por meio de edital;
- II - por qualquer ato inequívoco que importe apuração do fato; ou
- III - pela decisão condenatória recorrível.

Parágrafo único. Ocorrendo interrupção da prescrição, o prazo prescricional recomençará a fluir desde o seu início.

Art. 34. Extingue-se a punibilidade:

- I - pela morte do infrator; ou
- II - pela prescrição administrativa.

Seção IX

Das Nulidades

Art. 35. A inobservância de forma não acarreta nulidade do ato processual quando não houver prejuízo para a defesa.

§ 1º A nulidade somente prejudica os atos posteriores àquele declarado nulo se dele diretamente dependentes ou se dele forem consequência.

§ 2º À autoridade responsável pela declaração de nulidade caberá a indicação dos atos nulos por força do § 1º, bem como a determinação dos procedimentos saneadores.

CAPÍTULO III

DA REPRESENTAÇÃO OU DA DENÚNCIA

Seção Única

Da Admissibilidade da Representação e da Denúncia

Art. 36. A representação é o documento pelo qual uma autoridade ou órgão do poder público, ao tomar ciência de irregularidade praticada no âmbito da entidade fechada de previdência complementar ou de seus planos de benefícios, comunica o fato à Secretaria de Previdência Complementar em relatório circunstanciado, para registro e apuração.

Art. 37. A denúncia é o instrumento utilizado por qualquer pessoa física ou jurídica para noticiar, perante a Secretaria de Previdência Complementar, a existência de suspeita de infração às disposições legais ou disciplinadoras das entidades fechadas de previdência complementar.

Art. 38. A representação ou denúncia formalizada será protocolada na Secretaria de Previdência Complementar e deverá conter:

I - a identificação do órgão e cargo, no caso de representação, ou a qualificação do denunciante ou de quem o represente, com indicação de domicílio ou local para recebimento de comunicação;

II - a identificação e qualificação do representado ou denunciado, com a precisão possível;

III - a indicação das possíveis irregularidades cometidas, dos danos ou prejuízos causados à entidade fechada de previdência complementar ou dos indícios de crime, com a precisão possível;

IV - os documentos ou quaisquer outros elementos de prova que, porventura, sustentam a representação ou denúncia; e

V - data e assinatura.

§ 1º Não atendidos os requisitos formais de que trata este artigo ou não contendo os elementos de convicção para instauração do processo administrativo, a autoridade poderá realizar diligências, bem como oficiar ao representante ou denunciante para complementar o expediente.

§ 2º A denúncia feita verbal e pessoalmente perante a Secretaria de Previdência Complementar deverá ser reduzida a termo, preservando-se a identidade do denunciante.

Art. 39. Recebida a representação ou denúncia e efetuadas as eventuais diligências necessárias, a Secretaria de Previdência Complementar decidirá:

I - pelo arquivamento, se concluir pela prescrição ou pela manifesta improcedência, dando-se ciência ao denunciante ou representante; ou

II - quando configurada a prática de ato, omissivo ou comissivo, que possa constituir infração nos termos deste Decreto:

a) pela lavratura de auto de infração, observado o disposto no Capítulo II deste Decreto; ou

b) pela instauração do inquérito administrativo, quando a complexidade dos fatos assim o recomendar.

Parágrafo único. O inquérito administrativo previsto na alínea "b" do inciso II pode ser instaurado ainda que não estabelecida a autoria, se houver indício ou constatação da materialidade dos fatos ditos irregulares.

CAPÍTULO IV

DO INQUÉRITO ADMINISTRATIVO

Seção I

Da Instauração

Art. 40. O inquérito administrativo instaurar-se-á com a publicação no Diário Oficial da União de portaria expedida pelo Secretário de Previdência Complementar, que designará comissão de inquérito, composta por, no mínimo, três servidores federais ocupantes de cargo efetivo.

Parágrafo único. A portaria deverá conter o objeto do inquérito, a indicação do presidente da comissão e o prazo para a conclusão dos trabalhos.

Seção II

Da Instrução Prévia

Art. 41. Após a instauração do inquérito, serão notificados, conforme o caso, o denunciado ou o representado, ou as pessoas referidas nos arts. 59 e 61 da Lei Complementar nº 109, de 2001, e a entidade fechada de previdência complementar.

§ 1º No caso de inquérito que decorra de atividade de fiscalização, serão notificadas todas as pessoas que possam ter participado, de qualquer forma, da prática dos atos objeto de apuração.

§ 2º É facultado ao notificado acompanhar o inquérito desde o início.

Art. 42. O presidente da comissão poderá promover a coleta de depoimento dos notificados e de todos aqueles que possam contribuir para a elucidação dos fatos objeto de apuração, bem como requerer diligências, perícias e juntada de documentos e informações da entidade fechada de previdência complementar.

Parágrafo único. Se no decorrer dos trabalhos surgirem indícios de responsabilidade imputável a outro agente, será este notificado, para fins do § 2º do art. 41.

Art. 43. De posse dos dados necessários, o presidente da comissão lavrará documento de acusação formal, denominado ultimação de instrução, onde descreverá a irregularidade, tipificará o fato, indicará os dispositivos legais infringidos, identificará o agente responsável e a penalidade prevista na esfera administrativa.

Seção III

Da Defesa

Art. 44. Lavrada a ultimação de instrução, o presidente da comissão notificará o acusado para apresentar defesa no prazo de quinze dias, contado na forma dos arts. 28 e 29, indicando:

I - a autoridade a quem é dirigida;

II - a qualificação do acusado;

III - os motivos, de fato e de direito, que sustentam a defesa; e

IV - todas as provas que pretende produzir de forma justificada, inclusive o rol de eventuais testemunhas.

Art. 45. Admitir-se-ão no inquérito administrativo todos os meios de provas em direito permitidas, inclusive oitiva de testemunhas e perícia.

Parágrafo único. O presidente da comissão poderá, motivadamente, indeferir a produção de provas consideradas impertinentes ou meramente protelatórias.

Art. 46. Sempre que houver necessidade de ouvir testemunha, o presidente da comissão expedirá notificação, da qual conste o número do processo administrativo, a finalidade da convocação, o dia, a hora e o local em que será prestado o depoimento, devendo a segunda via ser juntada nos autos.

Art. 47. Sendo estritamente necessário, a comissão ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas, mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso e a comissão lhes atribuirá o valor que possam merecer.

Parágrafo único. São impedidos o cônjuge, o companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e suspeitos, os que tiverem interesse no processo.

Art. 48. A testemunha será inquirida pela comissão sobre os fatos articulados, podendo o acusado que a arrolou formular perguntas para esclarecer ou completar o depoimento.

§ 1º As perguntas que o presidente da comissão indeferir serão obrigatoriamente transcritas no termo, se o acusado o requerer.

§ 2º As testemunhas serão inquiridas separadamente.

§ 3º Na hipótese de depoimentos contraditórios ou que se infirmem, o presidente da comissão poderá proceder à acareação entre os depoentes.

Art. 49. As testemunhas serão advertidas de que faltar com a verdade sujeita o infrator à pena do crime de falso testemunho.

Art. 50. O depoimento, reduzido a termo, será assinado e rubricado pelo depoente, bem como pelos membros da comissão.

Art. 51. Concluída a instrução, a comissão emitirá o relatório conclusivo, considerando as provas produzidas e a defesa apresentada pelo acusado, a ser submetido a julgamento pelo Secretário de Previdência Complementar.

§ 1º O relatório conclusivo deverá sintetizar o que foi apurado no processo, de modo a enumerar e explicitar os fatos irregulares, relatar as provas produzidas, fazer os enquadramentos e apontar a sanção cabível ao acusado, conforme as apurações procedidas, bem como recomendar as providências para sanar as irregularidades ou falhas que facilitaram a prática que causou danos ou prejuízos à entidade fechada ou ao plano de benefícios.

§ 2º Deve constar do relatório conclusivo, se for o caso, a recomendação de encaminhamento a outro órgão ou entidade da administração pública, ou de traslado de peças do processo administrativo para remessa ao Ministério Público.

Art. 52. A decisão sobre o relatório conclusivo será publicada no Diário Oficial da União, devendo ser promovida a notificação do acusado do seu inteiro teor.

Seção IV

Do Recurso

Art. 53. Da decisão proferida no julgamento do relatório conclusivo cabe recurso ao Conselho de Gestão da Previdência Complementar, na forma da Seção IV do Capítulo II.

Parágrafo único. Não cabe recurso da decisão do Conselho de Gestão da Previdência Complementar.

Art. 54. É definitiva a decisão proferida no processo administrativo quando esgotado o prazo para recurso sem que este tenha sido interposto ou, quando interposto recurso, este tiver sido julgado.

Parágrafo único. Será também definitiva a decisão na parte que não tiver sido objeto de recurso.

Seção V

Das Disposições Gerais do Inquérito Administrativo

Art. 55. As reuniões e audiências, de caráter reservado, serão registradas em atas, que deverão detalhar as deliberações adotadas, bem como deixar consignada, se for o caso, a data da próxima audiência e a intimação dos presentes.

Art. 56. Se, no curso do inquérito administrativo, ficar evidenciada a improcedência da denúncia ou da representação, a comissão elaborará relatório com suas conclusões, propondo ao Secretário de Previdência Complementar o arquivamento do processo.

CAPÍTULO V

DISPOSIÇÕES GERAIS ACERCA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Art. 57. É facultado às partes e a seus representantes legais a obtenção de cópias do processo, às suas expensas.

Art. 58. Quando existirem alternativas para a prática de ato processual ou para o cumprimento de exigência, adotar-se-á a menos onerosa para as partes.

Art. 59. A aplicação de sanção administrativa e o seu cumprimento não eximem o infrator da obrigação pela correção das irregularidades que deram origem à sanção.

Art. 60. Cinco anos depois de cumprida ou extinta a penalidade, não constará de certidão ou atestado expedido pela Secretaria de Previdência Complementar qualquer notícia ou referência a esta, salvo para a verificação de reincidência.

CAPÍTULO VI

DO CONVÊNIO DE ADESÃO AO PLANO DE BENEFÍCIO

Art. 61. A formalização da condição de patrocinador ou instituidor de plano de benefícios dar-se-á por meio de convênio de adesão celebrado com a entidade fechada de previdência complementar, em relação a cada plano de benefícios, mediante prévia autorização da Secretaria de Previdência Complementar.

§ 1º O convênio de adesão é o instrumento por meio do qual as partes pactuam suas obrigações e direitos para a administração e execução de plano de benefícios.

§ 2º O Conselho de Gestão da Previdência Complementar estabelecerá as cláusulas mínimas do convênio de adesão.

§ 3º A entidade fechada de previdência complementar, quando admitida na condição de patrocinador de plano de benefício para seus empregados, deverá submeter previamente à Secretaria de Previdência Complementar termo próprio de adesão a um dos planos que administra, observado o estabelecido pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar.

CAPÍTULO VII

DA RESPONSABILIDADE PELA FALTA DE APORTE DAS CONTRIBUIÇÕES PELO PATROCINADOR

Art. 62. Os administradores do patrocinador que não efetivar as contribuições normais e extraordinárias a que estiver obrigado, na forma do regulamento do plano de benefícios ou de outros instrumentos contratuais, serão solidariamente responsáveis com os administradores das entidades fechadas de previdência complementar, a eles se aplicando, no que couber, as disposições da Lei Complementar nº 109, de 2001, especialmente o disposto nos seus arts. 63 e 65.

§ 1º A inadimplência a que se refere o *caput* deverá ser comunicada formal e prontamente pelo Conselho Deliberativo à Secretaria de Previdência Complementar.

§ 2º No prazo de noventa dias do vencimento de qualquer das obrigações citadas no *caput* deste artigo, sem o devido cumprimento por parte do patrocinador, ficam os administradores da entidade fechada de previdência complementar obrigados a proceder à execução judicial da dívida.

CAPÍTULO VIII

DAS INFRAÇÕES E PENALIDADES APLICÁVEIS

Art. 63. Deixar de constituir reservas técnicas, provisões e fundos, de conformidade com os critérios e normas fixados pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar e pela Secretaria de Previdência Complementar.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias ou com inabilitação pelo prazo de dois a dez anos.

Art. 64. Aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias ou com inabilitação pelo prazo de dois a dez anos.

Art. 65. Deixar de fornecer aos participantes, quando de sua inscrição no plano de benefícios, o certificado de participante, cópia do regulamento atualizado, material explicativo em linguagem simples e precisa ou outros documentos especificados pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar e pela Secretaria de Previdência Complementar.

Penalidade: advertência ou multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Art. 66. Divulgar informação diferente das que figuram no regulamento do plano de benefícios ou na proposta de inscrição ou no certificado de participante.

Penalidade: advertência ou multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Art. 67. Deixar de contratar operação de resseguro, quando a isso estiver obrigada a entidade fechada de previdência complementar.

Penalidade: multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) ou suspensão por até cento e oitenta dias.

Art. 68. Celebrar convênio de adesão com patrocinador ou instituidor e iniciar a operação do plano de benefícios, sem submetê-lo a prévia autorização da Secretaria de Previdência Complementar ou iniciar a operação de plano sem celebrar o convênio de adesão.

Penalidade: multa de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), podendo ser cumulada com inabilitação de dois a dez anos.

Art. 69. Iniciar a operação de plano de benefícios sem observar os requisitos estabelecidos pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar ou pela Secretaria de Previdência Complementar para a modalidade adotada.

Penalidade: advertência ou multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Art. 70. Deixar de prever no plano de benefícios qualquer um dos institutos previstos no art. 14 da Lei Complementar nº 109, de 2001, ou cercear a faculdade de seu exercício pelo participante, observadas as normas estabelecidas pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar e pela Secretaria de Previdência Complementar.

Penalidade: multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até trinta dias.

Art. 71. Permitir que os recursos financeiros correspondentes à portabilidade do direito acumulado transitem pelos participantes dos planos de benefícios, sob qualquer forma.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com suspensão de até sessenta dias.

Art. 72. Deixar a entidade fechada de previdência complementar de oferecer plano de benefícios a todos os empregados ou servidores do patrocinador ou associados ou membros do instituidor, observada a exceção prevista no § 3º do art. 16 da Lei Complementar nº 109, de 2001.

Penalidade: advertência ou multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Art. 73. Utilizar no cálculo das reservas matemáticas, fundos e provisões, bem como na estruturação do plano de custeio, métodos de financiamento, regime financeiro e bases

técnicas que não guardem relação com as características da massa de participantes e de assistidos e da atividade desenvolvida pelo patrocinador ou pelo instituidor, ou em desacordo com as normas emanadas do Conselho de Gestão da Previdência Complementar e da Secretaria de Previdência Complementar.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com suspensão de até cento e oitenta dias.

Art. 74. Deixar de manter, em cada plano de benefícios, os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos suficientes à cobertura dos compromissos assumidos, conforme regras do Conselho de Gestão da Previdência Complementar e da Secretaria de Previdência Complementar.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias ou inabilitação de dois a dez anos.

Art. 75. Utilizar para outros fins as reservas constituídas para prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, ainda que por meio de procedimentos contábeis ou atuariais.

Penalidade: multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), podendo ser cumulada com suspensão por até sessenta dias.

Art. 76. Utilizar de forma diversa da prevista na legislação o resultado superavitário do exercício ou deixar de constituir as reservas de contingência e a reserva especial para revisão do plano de benefícios; bem como deixar de realizar a revisão obrigatória do plano de benefícios.

Penalidade: multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias.

Art. 77. Efetuar redução de contribuições em razão de resultados superavitários do plano de benefícios em desacordo com a legislação.

Penalidade: multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias.

Art. 78. Deixar de adotar as providências, previstas em lei, para equacionamento do resultado deficitário do plano de benefícios ou fazê-lo em desacordo com as normas estabelecidas pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar e pela Secretaria de Previdência Complementar.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias.

Art. 79. Deixar de adotar as providências para apuração de responsabilidades e, quando for o caso, deixar de propor ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade fechada de previdência complementar ou a seus planos de benefícios.

Penalidade: multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até noventa dias.

Art. 80. Deixar de estabelecer o nível de contribuição necessário por ocasião da instituição do plano de benefícios ou do encerramento do exercício, ou realizar avaliação atuarial sem observar os critérios de preservação da solvência e equilíbrio financeiro e atuarial dos planos de benefícios, estabelecidos pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar.

Penalidade: multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até trinta dias.

Art. 81. Deixar de divulgar aos participantes e aos assistidos, na forma, no prazo ou pelos meios determinados pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar e pela Secretaria de Previdência Complementar, ou pelo Conselho Monetário Nacional, informações

contábeis, atuariais, financeiras ou de investimentos relativas ao plano de benefícios ao qual estejam vinculados.

Penalidade: multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), podendo ser cumulada com suspensão de até sessenta dias.

Art. 82. Deixar de prestar à Secretaria de Previdência Complementar informações contábeis, atuariais, financeiras, de investimentos ou outras previstas na regulamentação, relativamente ao plano de benefícios e à própria entidade fechada de previdência complementar, no prazo e na forma determinados pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar e pela Secretaria de Previdência Complementar.

Penalidade: multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), podendo ser cumulada com suspensão de até sessenta dias.

Art. 83. Descumprir as instruções do Conselho de Gestão da Previdência Complementar e da Secretaria de Previdência Complementar sobre as normas e os procedimentos contábeis aplicáveis aos planos de benefícios da entidade fechada de previdência complementar ou deixar de submetê-los a auditores independentes.

Penalidade: multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até sessenta dias.

Art. 84. Deixar de atender a requerimento formal de informação, encaminhado pelo participante ou pelo assistido, para defesa de direitos e esclarecimento de situação de interesse pessoal específico, ou atendê-la fora do prazo fixado pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar e pela Secretaria de Previdência Complementar.

Penalidade: advertência ou multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Art. 85. Promover a extinção de plano de benefícios ou a retirada de patrocínio sem autorização da Secretaria de Previdência Complementar.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com inabilitação de dois a dez anos.

Art. 86. Admitir ou manter como participante de plano de benefícios pessoa sem vínculo com o patrocinador ou com o instituidor, observadas as excepcionalidades previstas na legislação.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com inabilitação de dois a dez anos.

Art. 87. Deixar, a entidade fechada de previdência complementar constituída por pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, de terceirizar a gestão dos recursos garantidores das reservas técnicas.

Penalidade: multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) ou inabilitação pelo prazo de dois anos.

Art. 88. Deixar de segregar o patrimônio do plano de benefícios do patrimônio do instituidor ou da instituição gestora dos recursos garantidores.

Penalidade: multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) ou inabilitação pelo prazo de dois anos.

Art. 89. Prestar serviços que não estejam no âmbito do objeto das entidades fechadas de previdência complementar.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com suspensão de até cento e oitenta dias.

Art. 90. Descumprir cláusula do estatuto da entidade fechada de previdência complementar ou do regulamento do plano de benefícios, ou adotar cláusula do estatuto ou do regulamento sem submetê-la à prévia e expressa aprovação da Secretaria de Previdência Complementar.

Penalidade: multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias.

Art. 91. Realizar operação de fusão, cisão, incorporação ou outra forma de reorganização societária da entidade fechada de previdência complementar ou promover a transferência de patrocínio ou a transferência de grupo de participantes ou de assistidos, de plano de benefícios e de reservas entre entidades fechadas sem prévia e expressa autorização da Secretaria de Previdência Complementar.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com inabilitação de dois a dez anos.

Art. 92. Instituir ou manter estrutura organizacional em desacordo com a forma determinada pela legislação ou manter membros nos órgãos deliberativo, executivo ou fiscal sem o preenchimento dos requisitos exigidos pela legislação.

Penalidade: multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), podendo ser cumulada com inabilitação de dois a cinco anos.

Art. 93. Deixar de prestar, manter desatualizadas ou prestar incorretamente as informações relativas ao diretor responsável pelas aplicações dos recursos do plano de benefícios da entidade fechada de previdência complementar, bem como descumprir o prazo ou a forma determinada.

Penalidade: multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias.

Art. 94. Deixar de atender à Secretaria de Previdência Complementar quanto à requisição de livros, notas técnicas ou quaisquer documentos relativos aos planos de benefícios da entidade fechada de previdência complementar, bem como quanto à solicitação de realização de auditoria, ou causar qualquer embaraço à fiscalização do referido órgão.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias.

Art. 95. Deixar de prestar ou prestar fora do prazo ou de forma inadequada informações ou esclarecimentos específicos solicitados formalmente pela Secretaria de Previdência Complementar.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com suspensão de até cento e oitenta dias.

Art. 96. Deixar os administradores e conselheiros ou ex-administradores e ex-conselheiros de prestar informações ou esclarecimentos solicitados por administrador especial, interventor ou liquidante.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com suspensão de até cento e oitenta dias.

Art. 97. Deixar, o interventor, de solicitar aprovação prévia e expressa da Secretaria de Previdência Complementar para os atos que impliquem oneração ou disposição do patrimônio do plano de benefícios da entidade fechada de previdência complementar, nos termos disciplinados pelo referido órgão.

Penalidade: multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Art. 98. Incluir, o liquidante, no quadro geral de credores habilitação de crédito indevida ou omitir crédito de que tenha conhecimento.

Penalidade: multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Art. 99. Deixar de promover a execução judicial de dívida do patrocinador de plano de benefícios de entidade fechada de previdência complementar, nos termos do art. 62 deste Decreto.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com suspensão de até cento e oitenta dias ou com inabilitação de dois a dez anos.

Art. 100. Deixar de comunicar à Secretaria de Previdência Complementar a inadimplência do patrocinador pela não-efetivação das contribuições normais ou

extraordinárias a que estiver obrigado, na forma do regulamento do plano de benefícios ou de outros instrumentos contratuais.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com suspensão de até cento e oitenta dias.

Art. 101. Alienar ou onerar, sob qualquer forma, bem abrangido por indisponibilidade legal resultante de intervenção ou de liquidação extrajudicial da entidade fechada de previdência complementar.

Penalidade: multa de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), podendo ser cumulada com inabilitação pelo prazo de dois a cinco anos.

Art. 102. Exercer atividade própria das entidades fechadas de previdência complementar sem a autorização devida da Secretaria de Previdência Complementar, inclusive a comercialização de planos de benefícios, bem como a captação ou a administração de recursos de terceiros com o objetivo de, direta ou indiretamente, adquirir ou conceder benefícios previdenciários sob qualquer forma.

Penalidade: multa de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e inabilitação pelo prazo de dois a dez anos.

Art. 103. Realizar em nome da entidade fechada de previdência complementar operação comercial ou financeira, vedada pela legislação, com pessoas físicas ou jurídicas.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até sessenta dias.

Art. 104. Permitir que participante, vinculado a plano de benefícios patrocinado por órgão, empresa ou entidade pública, entre em gozo de benefício sem observância dos incisos I e II do art. 3º da Lei Complementar nº 108, de 2001.

Penalidade: multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até trinta dias.

Art. 105. Permitir o repasse de ganhos de produtividade, abono ou vantagens de qualquer natureza para o reajuste dos benefícios em manutenção em plano de benefícios patrocinado por órgão ou entidade pública.

Penalidade: advertência ou multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Art. 106. Elevar a contribuição de patrocinador sem prévia manifestação do órgão responsável pela supervisão, pela coordenação e pelo controle de patrocinador na esfera de órgão ou entidade pública.

Penalidade: advertência ou multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Art. 107. Cobrar do patrocinador na esfera de órgão ou entidade pública contribuição normal excedente à do conjunto dos participantes e assistidos a eles vinculados ou encargos adicionais para financiamento dos planos de benefícios, além dos previstos no plano de custeio.

Penalidade: advertência ou multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Art. 108. Cobrar despesa administrativa do patrocinador na esfera de órgão ou entidade pública ou dos participantes e assistidos sem observância dos limites e critérios estabelecidos pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar ou pela Secretaria de Previdência Complementar.

Penalidade: advertência ou multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Art. 109. Exercer em nome de entidade fechada de previdência complementar patrocinada por órgão ou entidade pública o controle de sociedade anônima ou participar em acordo de acionistas, que tenha por objeto formação de grupo de controle de sociedade anônima, sem prévia e expressa autorização do patrocinador e do seu respectivo ente controlador.

Penalidade: multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), podendo ser cumulada com inabilitação pelo prazo de dois anos.

Art. 110. Violar quaisquer outros dispositivos das Leis Complementares nºs 108 e 109, de 2001, e dos atos normativos regulamentadores das referidas Leis Complementares.

Penalidade: multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias ou com inabilitação pelo prazo de dois anos até dez anos.

CAPÍTULO IX

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 111. Este Decreto entra em vigor no dia 5 de janeiro de 2004.

Art. 112. Revoga-se o Decreto nº 4.206, de 23 de abril de 2002.

Brasília, 30 de dezembro de 2003; 182º da Independência e 115º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Ricardo José Ribeiro Berzoini

ANEXO D – Parecer n.º 13/2003, emitido pela Secretaria de Previdência Complementar

PARECER SPC Nº 13/2003

EMENTA: ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. DECISÕES JUDICIAIS. Consequências da imposição dos expurgos inflacionários na restituição das contribuições dos participantes por ocasião do seu desligamento do plano de benefícios.

Assunto: EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. Interessado: Exmo. Sr. Secretário de Previdência Complementar.

Sr. Diretor,

Solicita-nos o Exmo. Sr. Secretário de Previdência Complementar parecer a respeito das decisões judiciais que acolheram pleitos de diversos ex-participantes de planos de benefícios com relação à incidência de expurgos inflacionários sobre valores por eles vertidos quando da restituição de contribuições por ocasião do desligamento do plano de benefícios.

2. Antes de enfrentar o tema, faz-se necessário uma abordagem sucinta sobre as entidades fechadas de previdência complementar, com menções aos seus princípios, conceitos e legislação aplicável.

Das Entidades Fechadas de Previdência Complementar

3. Atualmente, o sistema previdenciário divide-se em três grandes vertentes, com regimes de previdência revestidos de regras próprias e autônomas.

4. A primeira destas é o denominado Regime Geral de Previdência Social - RGPS, previsto no art. 201 da Constituição Federal e na Lei nº 8.213/91, destinado ao atendimento, em geral, do trabalhador da iniciativa privada, cujo gerenciamento está a cargo do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, público, de adesão obrigatória e regime financeiro de caixa.

5. A segunda destina-se aos trabalhadores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio dos Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS, cujo gerenciamento incumbe a cada um destes entes federados, também situados no âmbito da administração pública, de natureza obrigatória para os servidores e igualmente ancorado, via de regra, no regime financeiro de caixa.

6. Finalmente, a terceira é o regime de previdência complementar, estabelecido no art. 202 da Magna Carta, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, inserido na seara privada, de natureza contratual e baseado no regime financeiro de capitalização. Tais características fazem da previdência complementar um regime substancialmente diferente dos demais regimes previdenciários.

7. O disciplinamento da previdência complementar, notadamente a operada pelas entidades fechadas de previdência complementar, conhecidas como fundos de pensão, decorre do enunciado no art. 202 da Magna Carta, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que assim dispõe:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. (grifo nosso)

8. Interessa-nos, in casu, essa última vertente: a previdência complementar.

9. Somente em 1977, com o advento da Lei nº 6.435, de 15 de julho do referido ano, regulamentada pelo Decreto nº 81.240 (entidades fechadas), de 20 de janeiro de 1978, e pelo Decreto nº 81.402 (entidades abertas), também do mesmo ano, consolidou-se e fez avançar o regime de previdência complementar, dispondo em seu art. 1º, in verbis:

Art. 1º. Entidade de previdência privada, para os efeitos da presente Lei, são as que têm por objeto instituir planos privados de concessão de pecúlio ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da previdência social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos.

10. A previdência complementar, conforme orientação traçada pela Constituição Federal, possui organização autônoma em relação ao regime geral de previdência social, sendo de adesão facultativa e baseada na constituição de reservas garantidoras de benefícios contratados, regulada por lei complementar.

11. A regulamentação referida no indicado dispositivo constitucional deu-se com a edição das Leis Complementares nº 108 (para reger as entidades patrocinadas pela Administração direta ou indireta) e 109 (para reger as entidades em geral), ambas de 29 de maio de 2001.

12. As Entidades de Previdência Complementar são os entes legitimados para administrar, instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, conforme disciplinado no art. 2º da Lei Complementar nº 109/2001, *litteris*:

Art. 2º. O regime de previdência complementar é operado por entidades de previdência complementar que têm por objeto principal instituir e executar planos de benefícios de caráter complementar, na forma desta Lei Complementar. (grifo nosso)

13. Podemos subdividi-las em duas categorias: entidades abertas e entidades fechadas.

14. A primeira categoria caracteriza-se por ser constituída unicamente sob a forma de sociedade anônima, visando lucro, e tem por escopo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas. A Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, vinculada ao Ministério da Fazenda, é o órgão responsável pela fiscalização das entidades abertas.

15. Quanto às Entidades Fechadas de Previdência Complementar - EFPC, objeto deste parecer, podem ser caracterizadas como aquelas constituídas sob forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos (Art. 31, § 1º, da Lei Complementar n.º 109, de 2001 - "As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos."), compostas por uma massa de participantes que têm identidade entre si, seja pelo vínculo empregatício com o patrocinador ou pelo vínculo associativo com o instituidor do plano de benefícios. O órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar é a Secretaria de Previdência Complementar - SPC, vinculada ao Ministério da Previdência Social.

16. O sistema fechado de previdência complementar possui três atores principais: entidade, participante e patrocinador, sendo que o participante é o destinatário final das atividades da entidade fechada de previdência complementar.

17. As EFPC são pessoas jurídicas distintas do empregador ou instituidor, com o compromisso de promover a administração e execução dos planos de benefícios de caráter previdenciário, para atender o interesse público em sua concepção lata. Assim estabelece o art. 32 da já citada Lei Complementar, *in verbis*:

Art. 32. As entidades fechadas têm como objeto a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária. (sem grifos no original)

18. Assim, os fundos de pensão administram planos de benefícios previdenciários instituídos pelos patrocinadores e oferecidos, de forma não discriminatória e sem objetivar o lucro, à totalidade de trabalhadores de uma empresa ou associados e membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, sendo sua filiação aos planos facultativa (§ 2º do art. 16 da LC 109/2001).

19. Os participantes são pessoas físicas, com identidade de grupo (vínculo empregatício ou associativo), que aderem facultativamente aos planos de benefícios, visando

prover seus participantes da cobertura dos efeitos decorrentes dos chamados "riscos sociais" (v.g. velhice, morte, invalidez decorrente de doença ou acidente, maternidade, etc.), assegurando-lhes um padrão de vida compatível com o experimentado durante a plenitude de sua capacidade laborativa.

20. No tocante aos patrocinadores, são estes as empresas que, por uma política de recursos humanos, organizam-se para oferecer planos previdenciários aos seus empregados.

21. A relação jurídica entre a EFPC e os patrocinadores e instituidores, e daquela com os participantes, se realiza por meio de convênio de adesão ao regulamento do plano de benefícios, distinto, portanto, do contrato de trabalho.

22. Cabe destacar que, não obstante a relação de emprego seja, para os planos patrocinados, uma condição, a adesão a esses planos de benefícios se dá por ato de vontade, ou seja, por contrato específico, que não se confunde com o contrato de trabalho, conforme se verifica no art. 202 da Constituição Federal, especialmente seu parágrafo 2º.

23. Decorre do regulamento do plano de benefício o princípio do mutualismo, que em maior ou menor escala, a depender da modalidade do plano de benefícios (benefício definido ou contribuição definida, respectivamente), significa que o esforço contributivo de todos os participantes, juntamente com o patrocinador, serve de custeio das despesas de funcionamento do plano de benefícios, bem como de garantia de cobertura dos benefícios contratados.

24. Ademais, pode o esforço contributivo dos participantes servir, ainda, para a formação de reserva garantidora para cobertura dos benefícios de risco, assim entendidos aqueles decorrentes da invalidez ou morte do participante do plano de benefícios.

25. Soma-se aos recursos garantidores dos benefícios contratados formados pelas contribuições de patrocinadores e/ou participantes, a receita obtida na aplicação deste patrimônio, integrando, portanto, o custeio do plano de benefícios, tendo em vista que os recursos, advindos das contribuições, são rentabilizadas para fazer face aos benefícios previdenciários.

26. Por meio de avaliações atuariais periódicas são analisadas as necessidades do plano de benefícios que, com vistas ao seu equilíbrio econômico-financeiro e atuarial, podem determinar, inclusive, a majoração ou redução das contribuições das partes, bem como a diminuição ou aumento do valor dos benefícios, a depender de encontrar-se o plano deficitário ou superavitário.

27. Nesse sentido dispõe o art. 18 da Lei Complementar nº 109/2001, litteris:

Art. 18. O plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

28. Como dito, os planos de benefícios têm, por pressuposto, estudos de natureza atuarial que determinam as hipóteses de concessão de benefícios previdenciários e a probabilidade de ocorrência de eventos de risco, utilizando, dentre outros elementos, experiências passadas, dados dos integrantes do grupo (idade, dependentes, grau de periculosidade das tarefas desempenhadas, etc.) e da fixação de hipóteses futuras (taxa de juros sobre o capital acumulado, novos ingressantes, contribuições vertidas, atualização monetária, etc.). A ciência atuarial, largamente utilizada no direito previdenciário e securitário, consiste na elaboração de cálculos e estudos de hipóteses que visam balizar os custos dos planos de benefícios em geral.

29. O regime de custeio é o de capitalização, daí a necessidade de cálculos precisos, sob pena de se gerar desequilíbrios nos planos de benefícios.

30. Se houver déficit, ou seja, se os ativos garantidores não forem suficientes para lastrear o benefício, torna-se imperativo rever o custeio do plano, com aportes adicionais

dos patrocinadores, participantes e assistidos, na razão de sua relação contributiva, conforme artigo 21 da LC 109/01.

31. Os recursos garantidores dos benefícios contratados são aplicados de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (atualmente por meio da Resolução nº 3.121, de 25 de setembro de 2003), em obediência ao disposto no art. 9º da Lei Complementar nº 109, de 2001, visando a segurança, rentabilidade, solvência e equilíbrio dos planos de benefícios.

32. Portanto, a receita decorrente das contribuições e do dimento dos respectivos investimentos, constitui um patrimônio único, destinado à garantia do pagamento dos benefícios contratados, previstos nos regulamentos dos planos de benefícios administrados pelas EFPC.

33. Vale ainda destacar que uma entidade fechada de previdência complementar, constituída para atender aos empregados de uma empresa ou de um grupo de empresas (LC 109/01, art. 31), tem nos seus participantes e assistidos sua razão existencial, isto é, o seu suposto patrimônio é o patrimônio dos participantes e assistidos do plano de benefícios. Um "poderoso" fundo de pensão, como às vezes intitulado pela grande imprensa, nada mais é que a associação de pequenas poupanças de trabalhadores para uma finalidade previdenciária.

Dos Índices Inflacionários

34. Como há de se verificar, se um ex-participante de um plano de benefícios operado por um fundo de pensão tiver acesso a benefícios superiores aos previstos em contrato, ou seja, em desconformidade com o pactuado no regulamento do plano de benefícios, os participantes que ficam no plano, juntamente com os patrocinadores, serão obrigados a arcar com a diferença provocada em razão da não observância das regras regulamentares.

35. O instituto da correção monetária foi criado pela Lei nº 3.470, datada de 28 de novembro de 1958, com o escopo de refletir as variações do poder aquisitivo da moeda nacional ao longo do tempo, conforme dispunha seu art. 57, in verbis:

Art. 57. As firmas ou sociedades poderão corrigir o registro contábil do valor original dos bens do seu ativo imobilizado até o limite das variações resultantes da aplicação, nos termos deste artigo, de coeficientes determinados pelo Conselho Nacional de Economia, a cada dois anos. Essa correção poderá ser procedida a qualquer tempo, até o limite dos coeficientes vigentes à época, e a nova tradução monetária do valor original do ativo imobilizado vigorará, para todos os efeitos legais até nova correção pela firma ou sociedade.

§ 1º. O coeficiente referido neste artigo será calculado de modo a exprimir a influência, no período decorrido entre o ano da aquisição do bem a 31 de dezembro do segundo ano de cada biênio, das variações do poder aquisitivo da moeda nacional na tradução monetária do valor original dos bens que constituem o ativo imobilizado. Em cada biênio será fixado um coeficiente para cada um dos anos dos biênios anteriores.

36. Desde a edição da supracitada Lei até os dias contemporâneos, a economia nacional passou por momentos conturbados, principalmente na década de 80 e início dos anos 90, quando os elevados índices inflacionários fizeram com que a atualização dos valores originais dos bens disponíveis, com base na variação do poder aquisitivo da moeda, se tornasse obrigatória, sob pena de a expressão nominal de um ativo qualquer deixar de ter relevância frente ao seu custo efetivo.

37. Houve tempos em que foi necessário o estabelecimento de indexadores diários em função do ritmo inflacionário no país, passando, assim, a ser tratados como figura regular da economia.

38. A exemplo de todos os brasileiros, os fundos de pensão também experimentaram os amargos reflexos dos índices de correção monetária adotados pelo Governo Federal.

39. As medidas econômicas mais relevantes foram os planos Verão, Bresser, Collor e Collor II, os quais resultaram da incidência dos seguintes fatores de correção: 26,06% em

junho/87; 42,72% em janeiro/89; 84,32 em março/90; 44,80% em abril/90; 7,87% em maio/90; 26,91% em fevereiro/91; e 20,21% em março/91.

40. Em virtude disso, diversos argumentos equivocados foram levados ao Poder Judiciário por ex-participantes, visando a incorporação dos chamados "expurgos inflacionários" aferidos pela variação do Índice de Preços ao Consumidor - IPC ou do Índice Nacional de Preços ao Consumidor, ambos apurados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, ao valor conhecido como reserva de poupança, que corresponde ao saldo das contribuições vertidas pelo participante, a ser restituído em razão de seu desligamento do plano de benefícios antes da elegibilidade a um benefício previdenciário.

41. Assim, ex-participantes tem postulado na Justiça a incorporação de percentuais de correção que não foram incorporados pelos índices oficiais. Caso essa tese seja efetivamente acolhida pelos Tribunais Superiores, haverá terríveis conseqüências para os fundos de pensão envolvidos, tendo em vista que os ativos garantidores dos planos de benefícios de tais entidades não foram corrigidos considerado os percentuais "expurgados". Portanto, se os recursos dos planos de benefícios tiveram por referência os índices oficiais, não há como proceder de modo diverso em relação à reserva de poupança dos ex-participantes.

42. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça entendeu, por maioria, que incidem expurgos inflacionários sobre as contribuições vertidas pelo ex-participante, por ocasião do cálculo do valor a ser restituído. (Civil. Previdência Complementar. Plano de Demissão Voluntária. Desligamento do Empregado. Resgate das Contribuições Pessoalmente Realizadas. Correção. "Expurgos Inflacionários". I - No caso de desligamento do empregado, a restituição das importâncias com as quais pessoalmente contribuiu à entidade de previdência complementar, deve ser feito com correção monetária por fatores de atualização que recomponham a efetiva desvalorização da moeda nacional. (ERESP 264061 / DF; Embargos de Divergência no Recurso Especial 2001/0024213-8, Relator Min. Ari Pargendler, Segunda Seção - S2, Data da decisão 22.08.2001).

Das Conseqüências da Incidência de Expurgos Inflacionários na Restituição de Contribuições

43. Se os ativos garantidores das reservas técnicas dos planos de benefícios foram à época dos planos econômicos corrigidos pelos índices oficiais, não há como proceder de modo diverso em relação às contribuições vertidas pelos ex-participantes desses mesmos planos de benefícios.

44. Como já afirmado anteriormente, as entidades fechadas de previdência complementar têm como razão existencial o pagamento de benefícios para os participantes e assistidos de seus planos de benefícios. Nesse sentido, todos os recursos geridos pela entidade são recursos pertencentes ao plano de benefícios, o que significa dizer, aos trabalhadores ao plano vinculados.

45. Se houver pagamento superior ao dos índices oficiais dos períodos dos planos econômicos em discussão, isso significa que o plano de benefícios ficará desequilibrado, ou seja, terá insuficiência patrimonial. Como já salientado, nos termos do artigo 21 da LC 109/01, essa conta acabará sendo paga pelos participantes e assistidos que ficaram no plano de benefícios.

46. Como visto, os planos de benefícios são, periodicamente, avaliados atuarialmente, visando identificar a existência de desequilíbrio atuarial, o qual, uma vez verificado, demandará o ajuste do plano de custeio então praticado, determinando a adoção de medidas destinadas ao seu reequilíbrio e solvência, sob pena de decretação de intervenção ou liquidação extrajudicial.

47. Não se deve, pois, fazer uma contraposição, que seria falsa e tecnicamente equivocada, entre o participante que saiu do plano, supostamente hipossuficiente, e o fundo de pensão, já que este último se materializa na pessoa dos participantes e assistidos que

permanecem no plano. Trata-se, portanto, de um conflito entre os participantes que saíram do plano e os que ficaram no mesmo plano de benefícios.

48. Dessa forma, a adoção de critérios de correção da reserva de poupança do ex-participante distintos dos critérios adotados pelo plano de benefícios significará forçosamente desequilibrar o plano de benefícios, com consequências extremamente danosas para os participantes e assistidos.

49. Como é cediço, o regulamento do plano de benefícios deve estabelecer, de forma clara, os critérios para atualização dos benefícios ajustados, que poderá ser a aplicação de um determinado índice de preços ou, até mesmo, a aplicação do mesmo fator de reajuste de salários praticados pelo patrocinador em relação aos empregados em atividade laborativa. Tal critério de atualização, indicado no regulamento do plano de benefícios, influenciará o plano de custeio respectivo, já que consistirá em elemento a ser considerado na evolução das reservas matemáticas daquele plano de benefícios, que refletem seus compromissos.

50. Se não houve prévia formação de fonte de custeio para assegurar a aplicação daqueles fatores de atualização monetária que consideraram um percentual superior ao expresso nos índices oficiais de então, não pode o Judiciário, data venia, proceder de maneira diversa, sob pena de causar sérios desequilíbrios para o regime de previdência complementar.

51. Os salários dos trabalhadores, participantes de planos de benefícios, que servem de base para as contribuições para o plano de benefícios, não receberam, em sua grande maioria, os reflexos dos chamados expurgos inflacionários.

52. Os investimentos realizados pelas entidades fechadas de previdência complementar, sobretudo aqueles atrelados a rendimentos pré-fixados utilizando outros fatores de atualização monetária, não mereceram a recomposição dos expurgos inflacionários. Disso, conclui-se que também por essa razão não houve prévia formação de reserva garantidora de benefícios a tal título.

53. Os cálculos atuariais levam em consideração as regras previstas no regulamento dos planos de benefícios, sendo certo que qualquer alteração nos critérios de atualização monetária poderia romper o equilíbrio do plano, o que comprometeria a relação de custeio estabelecida, podendo acarretar a necessária majoração de contribuições de participantes, assistidos e patrocinadores, e até mesmo a redução do valor dos benefícios previstos.

54. O regulamento do plano de benefícios forma contrato celebrado entre as partes (EFPC, participante e patrocinador), com a escolha do critério de atualização monetária das contribuições vertidas livremente pactuadas, constituindo ato jurídico perfeito que deve ser resguardado, tendo em vista a inexistência de qualquer falha ou vício capaz de invalidá-lo.

55. A violação do ato jurídico perfeito teria ainda o condão de ferir o princípio da segurança das relações jurídicas, não se admitindo, na hipótese em tela, a modificação unilateral das condições contratadas, como pretendem os ex-participantes dos planos de benefícios que intentaram tais ações judiciais.

56. A aplicação de outro critério de atualização monetária que não aquele contratado provoca uma distorção do plano de custeio que imporá sua revisão e, presente o princípio do mutualismo, determinará aos participantes do plano de benefícios o eventual ônus da adoção de hipótese de atualização monetária não prevista.

57. Conforme antes já dito, ao aderir ao plano de benefícios o participante aceita as condições contratuais descritas em seu regulamento, dentre as quais os critérios de atualização de contribuições e benefícios.

58. Os regulamentos contêm regras gerais, aplicadas de forma igualitária para todos. Sendo assim, não cabe a aplicação de outros critérios de atualização monetária que não aqueles previstos no regulamento do plano de benefícios, em benefício de um pequeno grupo, ferindo o direito dos demais participantes em ver aplicada a regra de atualização contratada, aplicável a todos os participantes.

59. Reitere-se, estando presente o princípio do mutualismo, quaisquer superávits ou déficits que venha apresentar o plano de benefícios terão seus efeitos experimentados pelo conjunto de seus participantes, inclusive assistidos, sob a forma de redução ou elevação dos níveis dos benefícios ou majoração ou diminuição do valor das contribuições contratadas, na forma prevista no regulamento.

60. O ex-participante, ao pretender a incidência de expurgos, visa obter vantagem exclusiva, a qual será suportada pelos demais participantes do plano de benefícios, justamente aqueles que permanecem na entidade fechada buscando a obtenção dos benefícios previdenciários contratados, com evidente prejuízo para os que ficaram no plano de benefícios. É o interesse individual prevalecendo sobre o coletivo.

61. Caso a imposição da aplicação dos expurgos inflacionários seja expressiva a ponto de, mesmo dividindo os custos, haver oneração excessiva dos participantes e assistidos (p. ex. em decorrência de ação plúrima), dar-se-á, nos termos em que a lei faculta a redução do valor dos benefícios a serem concedidos, bem como a cobrança de contribuição adicional para aqueles em gozo de benefícios (art. 21 da LC 109/2001).

62. Além disso, caso tal operação não atinja sua finalidade -equilibrar o plano de benefícios -, terá lugar a liquidação extrajudicial do plano de benefícios e, em alguns casos, da própria entidade fechada de previdência complementar, nos termos do art. 47 da Lei Complementar n.º 109, de 2001.

Da Necessidade de Ouvir os Atuais Participantes e Assistidos do Plano de Benefícios

63. Diante dos efeitos produzidos pela aplicação dos expurgos inflacionários em relação aos participantes remanescentes no plano de benefícios, tem-se, ainda, que em virtude do disposto no art. 472 c/c o art. 469, ambos do Código de Processo Civil, as decisões emanadas em desfavor das EFPC não formam coisa julgada em relação àqueles. Isto é, em razão do "limite subjetivo da coisa julgada", os efeitos de tais decisões não podem prejudicar terceiros estranhos à lide processual -participantes e assistidos dos planos de benefícios de tais Entidades.

64. É certo que os participantes e assistidos, maiores interessados e litisconsortes necessários, na forma do art. 47 do CPC, não foram chamados à lide, o que nos parece inadmissível, tendo em vista que tais sujeitos serão, na verdade, juntamente com os patrocinadores do plano de benefícios, os que arcarão com os efeitos da coisa julgada. As decisões judiciais, que prejudicam direito de terceiro violam princípios constitucionais e legais consagrados.

65. As conseqüências prováveis da incidência dos expurgos inflacionários nos valores resgatados são:

Reajustes superiores aos índices originalmente contratados;

Enriquecimento sem causa dos ex-participantes que ingressaram em juízo;

Redução dos benefícios a serem concedidos ou majoração das contribuições para a percepção do mesmo benefício contratado originalmente;

Contribuições adicionais àqueles em gozo de benefício;

Desequilíbrio do plano de benefícios, com possibilidade de sua liquidação extrajudicial e, em alguns casos, da própria EFPC.

Da Conclusão

66. Da análise dos argumentos acima expendidos, conclui-se forçosamente que as decisões prolatadas pelo Judiciário quanto à incidência dos expurgos inflacionários sobre os valores resgatados pelos ex-participantes, caso mantidas, serão extremamente prejudiciais aos planos de benefícios e, por conseqüência, aos patrocinadores, participantes e assistidos, podendo estes dois últimos ter frustrada, inclusive, a percepção de sua suplementação previdenciária na forma como originalmente contratada.

67. A entidade fechada de previdência complementar tem como razão existencial o pagamento de benefícios para os participantes e assistidos de seus planos de benefícios. Seus recursos financeiros são, portanto, recursos desses planos de benefícios, constituídos a partir da junção de pequenas poupanças de trabalhadores e aposentados.

68. O regime financeiro adotado pelos fundos de pensão é o de capitalização. Portanto, não há benefício sem correspondente fonte de custeio.

69. Se o ex-participante se beneficiar de um índice de correção não previsto em contrato e não adotado para a correção dos ativos garantidores dos planos de benefícios, estará automaticamente lesando os participantes e assistidos que permanecem no plano e que terão que arcar com o desequilíbrio provocado pela não observância do regulamento (contrato) do plano previdenciário.

70. A imposição dos expurgos inflacionários representa violação de princípios constitucionais e infra-legais, posto que as decisões judiciais não levam em consideração a exigência de formação de prévia fonte de custeio, o princípio do mutualismo, prejudicando direito de terceiros estranhos à relação processual estabelecida, desconsiderando o ato jurídico perfeito e vulnerando o princípio da segurança das relações jurídicas.

71. Diante de todo o exposto, face os argumentos acima, esta Secretaria de Previdência Complementar entende que a incidência dos expurgos inflacionários sobre os valores resgatados por ex-participantes dos planos de benefícios prejudica sobremaneira os planos de benefícios das entidades fechadas de previdência complementar, seus patrocinadores, participantes e assistidos, resultando em desequilíbrio para o regime de previdência complementar.

É o Parecer, SMJ.

À consideração do Diretor de Análise e Orientação Jurídica.

CAROLINE SCHUBERT

Consultora Jurídica

De acordo.

Submeta-se à aprovação do Sr. Secretário de Previdência Complementar.

LEONARDO ANDRÉ PAIXÃO

Diretor de Análise e Orientação Jurídica

Aprovo o presente parecer.

ADACIR REIS

Secretário de Previdência Complementar

ANEXO E – Parecer emitido por Luiz Octávio Gallotti, em 14.12.2004

PARECER

Da ABRAPP – Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, por seu ilustre advogado, Dr. Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho, recebi a seguinte exposição que precede a enumeração dos oitos quesitos, para cuja elucidação sou solicitado a contribuir, emitindo o presente parecer:

“ Segundo dispõe o art. 202 da Carta Magna, a previdência complementar ou privada caracteriza-se pela sua autonomia em relação à previdência oficial, pela facultatividade de ingresso, pelo regime financeiro de capitalização, e, sobretudo, pelo caráter contratual de suas regras, sendo que desde os anos 70, a matéria encontra-se regulamentada por um arcabouço normativo próprio, primeiramente, pela Lei nº 6.435/77 e Dec. nº 81.240/78, atualmente, pela Lei Complementar nº 109/01.

Ao aderir e contribuir para um plano de benefícios de previdência privada, o participante tem interesse na proteção dele próprio ou de sua família contra a impossibilidade de sustento relacionada a eventos que reduzam ou eliminem a sua capacidade laborativa. Essa é a forma mais eficiente e barata de segurança social, pois, com base no Princípio do Mutualismo, todos se unem no auxílio daquele que precisa.

Não abre o participante uma conta particular sua, para posterior uso e gozo. Verte, sim, contribuições para um todo. É esta sistemática que vem a ser o objeto do estudo da atuária, ciência onde estão calcados todos os custos de previdência e seguros em geral. É este estudo que permite a igualdade de contribuições entre pessoas de perspectivas desiguais.

Tarefa distinta tem as instituições financeiras. Estas não recebem contribuições, mas sim, depósitos (tais como os de poupança, por exemplo), os quais são aplicados com o objetivo de resgate a curto ou médio prazos. Essas captações não precisam ser regulares, nem tampouco existem vínculos mutualistas ou associativos entre os depositantes. Enfim, são recursos que envolvem risco comum de mercado, sem qualquer compromisso com a proteção social ou previdencial dos trabalhadores, se constituindo, na verdade, em atividade empresarial com intuito nitidamente de auferir lucros.

Daí porque equivocado aplicar-se às entidades fechadas de previdência complementar qualquer outro regramento distinto do previsto na sua legislação de regência.

Feita esta distinção, convém registrar que o plano de custeio dos planos de benefícios são calcados em rígidos cálculos atuariais elaborados nos termos das regras contratuais livremente pactuadas pelas partes e constantes do respectivo regulamento, pelo que o compulsório e abrupto desembolso de elevadas quantias sem a respectiva fonte de custeio, face à substituição imposta pelo Poder Judiciário do índice previsto em regulamento para corrigir monetariamente as contribuições pessoais vertidas por outro que os associados entendam mais favoráveis aos seus interesses, desequilibram, sobremaneira, o plano de benefícios.

A administração de um plano de benefícios funciona como uma balança sensível que deve estar em constante equilíbrio: num dos pratos, os benefícios e outros encargos contratuais, no outro, os recursos acumulados para sua cobertura. Em outras palavras, o valor dos ativos administrados deve, a qualquer tempo ao longo da fase contributiva, corresponder ao total dos compromissos assumidos com os participantes nesse mesmo momento.

Para tanto, a entidade fechada de previdência complementar deve providenciar avaliações atuariais periódicas dos planos de benefício. Decorre disso o desenvolvimento de cálculos destinados a estimar o volume total de obrigações para com seus associados, com base em premissas tecnicamente sustentáveis. Esses compromissos, por sua vez, são confrontados com os recursos disponíveis à época da avaliação atuarial, a fim de se apurar se os planos estão em equilíbrio ou não.

Toda essa preocupação decorre não menos que do comando expresso no art. 201, *caput*, da Constituição Federal, a impor o equilíbrio financeiro e atuarial da previdência.

Deslocando-se do ponto de equilíbrio, as reservas administradas pela entidade fechada de previdência complementar podem apresentar superávits ou déficits. Havendo superávit, todos os participantes, assistidos e patrocinadores acabam se beneficiando, dado o caráter associativo da relação. Nessa hipótese, deverão ser adotados os procedimentos previstos no art. 20 da L.C. nº 109/01.

Todavia, numa situação de déficit, ou seja, quando os recursos garantidores não forem suficientes para suportar o pagamento dos benefícios, torna-se fundamental rever o custeio do plano na forma do art. 21 da L.C. nº 109/01. Conseqüentemente, os participantes, assistidos e patrocinadores serão os únicos prejudicados, pois terão de arcar com aportes adicionais, devido a inexistência de patrimônio pertencente à EFPC.

Nesse caso específico, os déficits podem surgir por vários aspectos, dentre os quais, por surgimento de obrigações não previstas aos planos de previdência complementar que terão de ser pagas a terceiros. Esse tipo de obrigação, não contemplado em avaliações atuariais ou na contabilidade da entidade, irá demandar os mesmos recursos que seriam destinados ao pagamento dos benefícios, gerando déficit.

Os ex-participantes dos planos de previdência privada, desprezando os índices estabelecidos nos planos de benefícios, elegem, unilateralmente, os índices oficiais que entendem aplicáveis às reservas técnicas, e em apenas alguns meses eleitos, desconsiderando a série histórica.

Com essa substituição unilateral de índices, busca-se ter as reservas de poupança dos ex-participantes atualizadas no período sempre pelo maior de dois índices em cada mês. Conseqüentemente, esses valores atualizados dessa forma ambígua deixarão de refletir tão somente a inflação do período e gerarão um resultado que representa mais do que a simples recomposição da moeda.

Frente a essa pretensão condenatória de enorme vulto, não há reservas efetivamente constituídas que possam suportar essa alteração patrimonial anômala. Primeiramente, porque os salários dos trabalhadores participantes dos planos de benefícios – que servem de base para as contribuições para o plano de benefícios – não foram contemplados com a correção monetária pelo IPC naqueles períodos indicados na exordial e, depois, porque os investimentos realizados com as reservas técnicas, sobretudo aqueles atrelados a rendimentos prefixados em outros índices inflacionários, não mereceram a aplicação dos expurgos inflacionários naquele período.

Como decorrência lógica, não houve prévia formação de reservas para garantir tais despesas, muito menos estudos atuariais que as contemplassem. Em suma, não houve prévio custeio, o que necessitaria de ser feito com base nas normas previstas no Regulamento do Plano de Benefícios.

Logo, é incabível a aplicação de outros critérios de correção monetária que não aqueles previstos nas regras de cada plano de benefícios, sob pena de beneficiar o direito de alguns participantes em detrimento de toda uma coletividade.

Contudo, não obstante essas peculiaridades, o Colendo Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 289 que dispõe: *A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda.*”

Nesse contexto, a Consulente, compreensivelmente preocupada com os reflexos da Súmula 289/STJ no sistema de previdência complementar, oferece os quesitos abaixo reproduzidos, sobre os quais em continuação, permito-me opinar:

1º) Analisados os julgados que serviram de base para a edição da Súmula nº 289/STJ, indaga-se: a) quais os fundamentos utilizados e rejeitados pelo STJ para sua edição, a extensão e os limites do aludido verbete?; b) explicar, se possível, o significado da expressão “índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda” contido na parte final da súmula.

2º) Tendo em vista que a Súmula 289/STJ trata da restituição das parcelas pagas a plano de previdência complementar, pede-se ao d. parecerista discorrer sobre a natureza jurídica das Entidades Fechadas de Previdência Complementar e sobre as suas finalidades, assim como quanto às peculiaridades de seus planos oferecidos.

3º) Considerada a natureza jurídica das Entidades Fechadas de Previdência Complementar e tendo em vista os dispositivos que disciplinam as relações entre elas e os seus participantes (Lei nº 6.435/77; Decreto nº 81.240/78 e Leis Complementares nºs 108/01 e 109/01) pode-se afirmar que o entendimento sumulado respeitou as peculiaridades das EFPC e de seus planos? Em caso de resposta negativa, explicitar quais os aspectos peculiares desrespeitados e porquê?

4º) Considerando que as EFPC's são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, compelidas, no que concerne à aplicação dos recursos por elas geridos, ao atendimento das

normas emanadas do Ministério da Previdência e Assistência Social, da Secretaria de Previdência Complementar e do Conselho Monetário Nacional, que, inclusive, impõem seja observada rentabilidade atuarial mínima para as aplicações dos recursos dos planos de benefícios formados pelas contribuições de seus participantes, almejando o não comprometimento do cumprimento dos compromissos contratados, pergunta-se: quais as consequências jurídicas para as EFPC's da imposição dos expurgos inflacionários na restituição das contribuições dos participantes por ocasião do seu desligamento do plano de benefício?

5º) Considerando que os contratos (regulamentos dos planos de benefícios) celebrados entre os participantes e as EFPC's contêm previsão expressa, conforme estabelecia o art. 42 da Lei 6.435/77, dos índices de correção monetária a serem aplicados sobre valores resgatados quando do desligamento do participante, a decisão de aplicar-lhes outros índices, a pretexto da correção monetária plena, atenta ou não contra os princípios do *pacta sunt servanda* e do ato jurídico perfeito?

6º) É correto afirmar-se que os julgados que embasaram a Súmula 289 utilizaram-se dos critérios adotados nos paradigmas do mesmo STJ concernentes aos saldos do FGTS e das cadernetas de poupança aplicando-os ao resgate das contribuições dos participantes de plano de previdência complementar? Caso positivo, poderiam ser aplicados esses mesmos índices e critérios ao resgate das contribuições dos ex-participantes de plano de previdência complementar? Em caso de resposta negativa, quais princípios ou normas jurídicas teriam sido violados pelos referidos julgados?

7º) Ao mesmo tempo em que restam condenadas a devolver as contribuições vertidas pelos ex-participantes com correção monetária plena, as EFPC's não lograram obter do Judiciário a correção plena de seus ativos, conforme diversas decisões acostadas à presente consulta. Assim, diante dessas posições antagônicas do Judiciário sobre a mesma questão de fundo, indaga-se: a) quais as razões jurídicas para não se imprimir o mesmo tratamento às postulações judiciais dos ex-participantes e das EFPC's? b) existe violação ao princípio da isonomia ou igualdade?

8º) Por serem as EFPC's pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, deve haver o rateio equitativo, entre os participantes, dos ônus e bônus inerentes à gestão do patrimônio do plano de benefícios, ainda mais, face da sua relevante característica mutualista. Logo, os ex-participantes tinham ciência de que se questionassem a forma de correção das contribuições pessoais vertidas, eles - próprios teriam de suportar os decesos financeiros que, eventualmente, viessem a surgir, razão pela qual só pleitearam os expurgos quando se desligaram das EFPC's. Nesse contexto indaga-se: os efeitos decorrentes da Súmula 289/STJ beneficiando ex-participantes em detrimento da massa de

participantes ativos e assistidos fere ou não o princípio da isonomia? Há enriquecimento sem causa por parte dos ex-participantes?

I

Reza a Súmula nº 289, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: “A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção monetária plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda” (“Diário da Justiça” de 13 de maio do corrente ano de 2004).

A análise do inteiro teor dos treze acórdãos que constituem a referência oficial do enunciado revela, como núcleo da sua comum fundamentação, a assertiva de que a correção monetária não deve ser encarada como elevação ou acréscimo, mas como simples instrumento de recomposição do valor real, ou intrínseco da moeda, a preservar-lhe o poder aquisitivo e neutralizar os efeitos da inflação.

Mas, não menos significativos para revelar a elaboração do raciocínio dos julgadores, são as alusões que despontam, aqui e ali, num ou noutro acórdão, aos preceitos de “justiça” e “equidade”, ao “enriquecimento ilícito dos ex-participantes”, ao “crédito imobiliário” e até aos “saldos em geral”, conceitos cuja inadequação ao tema em estudo será objeto de comentário ao longo deste parecer.

Das generalizações acima abordadas, nasce a dificuldade para precisar a fundamentação da Súmula nº 289, que começa por gravemente ressentir-se da circunstância de ser totalmente desprovida de referências legislativas, quaisquer que sejam elas, como teria sido de rigor na apresentação dos enunciados, que não são fontes de direito, mas somente o resultado da aplicação da lei pelos Tribunais. Vejam-se, por exemplo, os subseqüentes de números 290 e 291, versando ambos temas correlatos, concernentes a parcelas satisfeitas a planos de previdência privada, e cuja divulgação (no mesmo D.O. de 13/05/04) não dispensou o complemento das respectivas referências legislativas.

Quanto à expressão final “índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda”, verifica-se, pela leitura dos precedentes agasalhados na Súmula, que adotaram, para alcançar a chamada “correção plena”, o fator popularizado pela sigla IPC, unilateralmente eleito pelos autores das ações, em lugar dos índices oficiais, contratualmente acordados pelas partes, em consonância com o sucessivamente disposto na Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977 (art. 42, V) e na Lei Complementar nº 109, de 29 de maio 2001 (art. 14, III), atualmente em vigor.

É digno, ainda, de nota, que a adoção desse índice (o IPC), surgiu em continuidade jurisprudencial com a utilização, por empréstimo, da mesma indexação empregada em solução de controvérsias relativas aos depósitos das Cadernetas de Poupança e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), de cuja equivocada assemelhação com a hipótese aqui tratada (plano de previdência privada) terei ocasião de adiante cuidar.

Resta, por ora, a perplexidade decorrente da falta de particularização de referências legislativas a fundamentar a Súmula nº 289 e da generalização conceitual dos acórdãos sumulados, que abstraíram o comando dos dispositivos clara e especificamente aplicáveis ao resgate das contribuições – art. 42, V, da Lei nº 6.435 e art. 14, III, da Lei Complementar nº 109, sem que despontasse, em ponto algum daqueles julgados, a expressão da mais leve dúvida de inconstitucionalidade de tais dispositivos, da qual é, realmente, impossível suspeitar.

Assim atendido o primeiro quesito, passo a desenvolver a matéria pertinente ao segundo.

II

Em obra intitulada “Previdência Privada”, recentemente lançada pela Livraria Editora Rio de Janeiro (pág. 326), JERÔNIMO JESUS DOS SANTOS endossa a correta

definição de MARIA LÚCIA AMÉRICO DOS REIS e JOSÉ CASSIANO BORGES (“Fundos de Pensão”, ed. Esplanada, Rio, 2002, pág. 20), acorde aos artigos 4º e 31, § 1º, ambos da Lei Complementar nº 109/2001, para as entidades fechadas de previdência complementar, como:

“... pessoas jurídicas de direito privado, constituídas sob a forma obrigatória de fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos, que têm por objeto a administração e a execução de planos de benefícios de natureza previdenciária acessíveis aos empregados de uma empresa ou grupos de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores, bem como aos membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, entes denominados instituidores”

Ressalta do conceito o objeto exclusivo dessas entidades, consistente na administração e execução de planos de benefícios previdenciários privados, somente acessíveis a grupos determinados de pessoas físicas.

Dessa cláusula final (congregação de um grupo homogêneo e específico), nasce o traço marcante das entidades em causa: o mutualismo, a cooperação e a solidariedade entre os associados, unidos entre si, diferentemente do que sucede nas entidades abertas, onde o liame se estabelece, bilateralmente, entre a entidade e cada um dos segurados, que não se relacionam entre si.

Assim sendo, não mantém a entidade fechada um patrocínio próprio, ou “extra”, mas se limita a administrar o acervo comum aos participantes, constituído, principalmente, pela reserva destinada a garantir a oportuna fruição dos benefícios. O pagamento de contribuição não pode, então, ser concebido como se fora um instrumento, ou aplicação a ser remunerada por alguma instituição financeira, tendo, antes, por escopo, a futura aquisição de um benefício de cunho previdenciário.

As entidades fechadas, por seu turno (fundações ou sociedade civis), não podem ter fins lucrativos, vale dizer: nem lucro nem prejuízo, e sim superávit ou déficit (o que é diferente), a repercutir, diretamente, sobre as reservas técnicas, provisões e fundos, garantidores dos benefícios.

III

No tocante ao terceiro quesito, penso, com o merecido respeito, que o entendimento sumulado não chegou a identificar e, por isso mesmo, deixou de enfrentar as peculiaridades inerentes à natureza jurídica das entidades fechadas de previdência privada complementar, atendo-se a generalidades já comentadas quando da resposta do primeiro quesito, que, entretanto, não refletem, jurídica e economicamente, a essência e a função dessas organizações e a finalidade social da previdência, emprestando, ao revés, a experiência haurida da prática de institutos de índole diversa, como também já salientado a propósito do quesito inicial.

Julgo mais – e sobretudo – que a diretriz da Súmula nº 289, refoge – com a devida vênia – ao caráter contratual que distingue as relações jurídicas mantidas pelas entidades em apreço, submetidas ao regime especial de que as dotou a Lei nº 6.435/77 e o respectivo regulamento (Decreto nº 81.240/78), substituídos pelas vigentes Leis Complementares nº 108 e nº 109, ambas de 29 de maio de 2001, editadas em obediência ao prescrito pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 (novo art. 202, e seus parágrafos, da Constituição de 1988).

Assim concluindo, volto-me para o deslinde da perquirição corporificada no quarto quesito.

IV

As consequências jurídicas da variação, para maior, das restituições devidas em razão do desligamento precoce dos participantes dos planos de previdência, a título de imposição, no cálculo, dos percentuais chamados de expurgos, não previstos contratualmente, não poderiam deixar de provocar as mais graves consequências jurídicas, ao considerar-se a sua incidência, não apenas sobre uma relação bipolar (entidade versus participante insatisfeito, autor da ação) como parece haver sido visualizado na Súmula, mas sim, e a rigor, sobre uma trama de relacionamentos multipolar: universalidade solidária, pertencente a todo o grupo de associados e assistidos, solidariamente unidos.

Por isso, adverte MANUEL SOARES PÓVOAS, que o recebimento do resgate “está ligado à expressão atuarial da responsabilidade de que a entidade deixou de ter em relação a ele”, e mais, que essa norma “procura que os interesses dos participantes sejam defendidos, mas sem esquecer os interesses da entidade e os interesses da massa dos inscritos no plano”, tudo para arrematar que:

“... esta preservação do equilíbrio é da maior importância, quando em períodos de crise econômica, o resgate pode tomar uma feição coletiva e atingir somas que, para serem satisfeitas, exijam a venda dos ativos que lastreiam as reservas técnicas, e que por excesso de oferta no mercado de capitais, reduzida a liquidez, determinassem perdas sensíveis e até mesmo demolidoras” (“Previdência Privada”, ed. Fund. Esc. Nac. de Seguros, Rio, 1985, págs. 312/3)

O regime de capitalização, que, diversamente do sucedido no regime da previdência oficial, é o adotado pelas entidades de previdência privada, exige redobrada cautela em seu manejo, como decorre da oportuna advertência de FLÁVIO MARTINS RODRIGUES. Possui imensa vantagem, em comparação com o chamado regime de simples repartição, mas demanda, o primeiro, “extremos cuidados na fase de acumulação”, explica o citado autor de “Fundos de Pensão: Temas Jurídicos”:

“O custeio por forma capitalizada tem, portanto, maiores vantagens, mas demanda extremos cuidados na fase de acumulação. Arranjos matemáticos equivocados ou, por demais otimistas, ou, ainda, a ausência de acompanhamento da verificação dos planos como atuarialmente concebidos imporão a necessidade de ajustes, sob pena de insolvência da entidade, quando do deferimento dos benefícios.” (ob. Cit. Ed. Renovar, Rio e S.P., 2003, pág. 65)

Essas prudentes diretrizes são de curso universal, como atesta JERÔNIMO JESUS DOS SANTOS (ob. cit., pág. 245), ao registrar a informação de ANTÔNIO CÁSSIO DOS SANTOS, segundo a qual, há décadas, nos Estados Unidos da América, a Previdência é tratada como plano de longo prazo, incentivando-se a permanência duradoura e desestimulando-se os resgates no curto e médio prazo.

Ora, as entidades de previdência fechada, a despeito da sua condição de pessoas jurídicas de direito privado, são autorizadas pelo órgão regulador (Secretaria de Previdência Complementar) e por este supervisionadas e fiscalizadas, com o propósito de lhes serem preservadas a liquidez, a solvência, a segurança atuarial, entre outras garantias (artigos 33, 3º, 5º e 6º da Lei Complementar nº 109-2001).

Ainda de acordo com os critérios fixados pelo órgão regulador, são constituídas as suas reservas técnicas, provisões e fundos, cujas aplicações obedecem a diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (art. 9º e seu § 1º), sendo a eventual insuficiência desses ativos suscetível de acarretar o lançamento de contribuições

extraordinárias (art. 19 e parágraf. único), a intervenção (art. 44) e, em última análise, a sua liquidação (art. 48), com óbvio prejuízo da massa dos participantes e assistidos.

Sábio é o preceito constitucional do art. 195, § 5º, da Carta de 1988, a teor do qual “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custo total”.

Se, para a previdência oficial não passa essa cautela de uma norma jurídica da maior hierarquia, para a previdência complementar fechada, é, a par disso, um limite de possibilidade material, dada a vedação (CF, art. 202, § 3º) do aporte de recursos públicos, em prol das respectivas entidades. Qualquer desequilíbrio dos planos não poderá implicar, desenganadamente, senão em sacrifício dos demais participantes, não aquinhoados com a liberalidade.

Todas essas estão fadadas a ser as deletérias seqüelas da fuga ao indispensável compasso entre as fontes de custeio, pautadas pelos índices oficiais de correção contratualmente previstos, e a fórmula criada pela Súmula nº 289.

V

Passando ao quinto quesito, começo por enumerar as três características que, marcantemente, distinguem, da oficial, a previdência privada: a sua índole contratual, o seu caráter facultativo, e o regime de capitalização, todas as três consagradas no conteúdo atribuído, pela Emenda nº 20, de 15 de dezembro de 1998 ao art. 202 da Constituição da República:

“Art. 202. O regime de previdência privada de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social será facultativo, baseado na Constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.”

Em verdade já vigoravam essas três características desde a Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, que, inicialmente, regulou a previdência social privada e estabelecia, em seu art. 42, a obrigatoriedade de constar dos regulamentos dos planos de benefícios, aos quais aderissem os participantes, a respeito da possibilidade da sua retirada precoce (ponto objeto deste estudo), dispositivo que indicasse:

“Art.42.....

V – existência ou não, nos planos de benefício de valor de resgate das contribuições saldas dos participantes e, em caso afirmativo, a norma de cálculo quando estes se retirem dos planos, depois de cumpridas as condições previamente fixadas e antes da aquisição do direito pleno aos benefícios”

Era, portanto, deixada à opção do modelo do plano de benefícios, a existência, ou não, do direito ao resgate no valor estabelecido pela norma respectiva, até que o Decreto nº 81.240, de 20 de janeiro de 1978, ultrapassando, aliás, o alcance da lei regulamentada (nº 6.435/77), houvesse tornado de rigor a restituição mínima de 50% das contribuições vertidas, mas, sempre, com a correção monetária a ser calculada de acordo com as normas estabelecidas nos respectivos planos.

Seguiu-se a Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, elaborada em cumprimento ao disposto no art. 202 da Constituição (E.C. nº 20/98), que veio a oferecer, no seu art. 14, não um único, como antes, mas já agora, três caminhos alternativos ao participante desligado, a saber: o do benefício proporcional deferido (item I); o da “portabilidade” do direito acumulado para outro plano (item II); e, por derradeiro, o direito ao resgate da totalidade das contribuições (item III), mas, ainda, aqui, sujeito à “forma regulamentada”. Eis o teor do dispositivo, no que interessa, diretamente, à questão em exame:

“Art. 14. Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador:

.....

III – resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada.”

Possuindo um regulamento próprio o plano de benefícios ao qual adere de livre vontade o participante, e celebrando-se, então, um típico contrato de adesão, e adotando esse regulamento os índices oficiais de correção monetária, afigura-se intuitivo que a imposição de índice diverso, unilateralmente, eleito por uma das partes, constitui flagrante preterição do princípio do “*pacta sunt servanda*” e da proteção ao ato jurídico perfeito (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º e § 1º e art. 5º, XXXVI, da Constituição).

Se essa garantia sobrepõe-se à própria lei formal ordinária superveniente (art. 5º, XXXVI, citado) e mesmo ao poder constituinte derivado (art. 60, § 4º, IV), não será a vontade de um dos contratantes, que haverá de, eficazmente, ilidi-la.

Julgando haver contribuído para o esclarecimento dos temas até aqui abordados, ingresso no exame do objeto do sexto quesito.

VI

O resgate das contribuições dos ex-participantes dos planos de previdência complementar e os saldos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço guardam, entre si, um traço distintivo essencial: os planos de previdência possuem, como se viu, natureza contratual, ao passo que goza o Fundo de Garantia de caráter estatutário, não sendo como tal suscetível de gerar direito adquirido, conforme já proclamado pelo Supremo Tribunal:

“- O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas sim estatutária, por decorrer de lei e por ela ser disciplinado.

- Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência de que não há direito adquirido a regime jurídico” (tópicos de ementa do acórdão do S.T.F. – T. Pleno – no RE 226.855, RTJ 174/3, pág. 916).

Já as cadernetas de poupança configuram contratos de depósito, mas com a particularidade de se renovarem eles a cada trinta dias.

Por isso mesmo, o Supremo Tribunal só admitiu o efeito da lei nova sobre as futuras renovações da caderneta (novos contratos); jamais no curso do trintídio bilateralmente ajustado (RE 206.048, T. Pleno, DJ 19-12-2001, RE 200.514, 1ª T, DJ 18-10-1996, entre muitos outros).

Forçoso é, por conseguinte, convir em que – mesmo abstraída a peculiaridade mutualista e solidária dos planos de previdência privada – em nada socorre, ao entendimento da Súmula nº 289 – STJ, a utilização dos critérios de atualização do F.G.T.S. e das cadernetas de poupança. O seu transporte para a hipótese do resgate, implica a meu ver, isso sim, comprometimento:

a) do caráter contratual do plano de benefícios (art. 202 da Constituição; art. 42, V, da Lei nº 6.435/77; Decreto nº 81.240/78, art. 31, § 2º e Lei Complementar nº 109/01, art. 14, III);

b) em consequência, do princípio do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da Constituição e art. 6º, e seu § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil).

VII

Quanto à indagação contida no sétimo quesito, reconheço que não lograram, efetivamente, as entidades de previdência fechada obter, por meio das ações judiciais que intentaram, a correção monetária, pelo IPC, quando da recuperação da disponibilidade, ao fim do bloqueio, dos ativos (depósitos de várias modalidades), retidos no Banco Central por força do disposto na Medida Provisória nº 168-90 (o Chamado “Plano Collor”).

Assim decidiram as sentenças a que alude o quesito, na mesma linha da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 206.048, onde, a par de reafirmar-se a necessidade do respeito ao índice contratual do primeiro trintídio das aplicações em cadernetas, negou-se igual prerrogativa aos ativos transferidos em virtude de lei (não de contrato), ao Banco Central.

Já em relação aos planos de previdência fechada, prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 289), a orientação a que opõe respeitoso reparo este parecer, e para cuja adoção, não só foi contrariada a índole contratual do instituto, como assumida a concepção (oposta à do acórdão do Supremo Tribunal) de que “saldos em geral” estariam sujeitos a correção pelo IPC, independentemente do regime legal de indexação (índices oficiais).

A contraposição desses dois critérios, um aplicado aos ativos da entidade, outro ao cálculo dos resgates devidos aos retirantes, instaura, - além do desequilíbrio da equação financeira do plano - uma injustificável desigualdade entre os participantes e assistidos, cujos benefícios são garantidos por esses ativos, em uma vertente, e, noutra, os favorecidos com o cálculo criado para o caso de retirada precoce, em contrário ao que assegura o *caput* do art. 5º da Constituição.

Volto-me, então, para o tema do oitavo quesito.

VIII

Mais grave é, ainda, considerar que a desigualdade, instaurada em detrimento dos participantes permanentes e dos assistidos, investe contra a própria finalidade estrutural do plano de previdência, naturalmente concebido para a longa maturação, ao favorecer-se a retirada precoce do associado. Por isso, o resgate “contraria a lógica previdenciária” e “deve ser necessariamente limitado”, nas palavras de FÁBIO ZAMBITE IBRAIN, em seu “Curso de Direito Previdenciário”, ao comentar o art. 14, III, da Lei Complementar nº 109/01:

“O resgate é basicamente a retirada dos valores pagos durante todo o período de vinculação à EFPC. Pode ocorrer quando o participante, por exemplo, abandonar o sistema privado de previdência, desejando contar somente com o básico.

O resgate deve ser necessariamente limitado, pois contraria a lógica previdenciária, permitindo o consumo atual ao invés do consumo futuro. Se paga a totalidade dos créditos hoje, não haverá prestação alguma para o futuro.” (ob.cit., 4ª ed. Impetus, Rio, 2004, pág. 644)

Esse é o resultado da reflexão e da experiência dos especialistas, como confirma a observação categórica de WLADMIR NOVAES MARTINEZ, para quem é o resgate, em si, “um contra-senso científico”, capaz de afetar sistematicamente o equilíbrio do plano:

“No inciso III o legislador trata de portabilidade diferenciada, a verdadeira, que é conceitualmente o resgate, porque o segurado tem acesso ao valor acumulado.

O resgate é da tradição do segmento complementar (art. 21, V, da Lei n. 6.435/77), mas contra-senso científico, máxime num regime de repartição simples e plano BD. Com ele,

sistematicamente, o equilíbrio do plano sempre sofrerá afetações.” (“Comentários à Lei Básica da Previdência Complementar”, ed. LTr, S.P., 2003, pág. 142).

A política tributária nacional penaliza, de seu turno, os rendimentos das aplicações financeiras (entre as quais avultam as das reservas dos fundos de previdência), quando de mais curto prazo: a partir de janeiro de 2005, sofrerão a incidência do imposto sobre a renda com significativa variação entre as alíquotas de 10% até 35%, em função do tempo de permanência, mercê do estatuído pela Medida Provisória nº 206/04 (art. 1º).

O tratamento privilegiado, conferido ao regate, constitui, então, também sob esse aspecto, e em última análise, uma apropriação do incentivo conferido aos remanescentes, com sobrecarga fiscal da administração do acervo comum.

E não é só isso.

Podem ser enunciados em três categorias os fundamentos jurídicos da correção monetária, em nosso direito: a) a decorrente de lei expressa; b) a redundante da natureza jurídica do débito; c) a que se origina dos termos do contrato.

Não decorre da lei a correção monetária, na hipótese do resgate das contribuições prestadas aos planos de previdência fechada: nem do art. 42, V, da revogada Lei nº 6.435/77, onde a previsão (facultativa) do resgate era subordinada à norma do plano nem segundo à vigente Lei Complementar nº 109/01, onde é ele remetido à forma regulamentar: negativa que explica, como já notei, a ausência de referência legislativa de que se ressente, até formalmente, a Súmula 289, do Superior Tribunal de Justiça, por total impossibilidade da invocação de fundamento legal idôneo.

Também não emana, a correção, da natureza do débito em questão, pois se cogita, aqui, de mera obrigação pecuniária, ou de dinheiro, e não de dívida de valor, esta última bem definida por ARNOLDO WALD como “um *quid* e não de um *quantum*, representando um valor correspondente a um bem determinado e não um certo numero de unidades monetárias” (“Obrigações e Contratos” 14ª, ed., RT, SP, 2000).

A atualização monetária tem, no caso, fundamento convencional, estando, por isso, sujeita aos lindes do pacto, que em tal consiste a adesão às cláusulas de prévio conhecimento do plano, a que, facultativamente, deliberarem as partes se associar. O recebimento das contribuições pela entidade e a sua eventual restituição (ou antecipação de benefício), conforme a norma de cálculo pré-estabelecida, jamais poderiam ser encarados como se fossem o resultado da apropriação de valores indevidamente auferidos.

Destituída de fundamento, aí sim, revela-se a atribuição de valor excedente sobre forma de correção contratada, configurando, claramente, a ocorrência de enriquecimento sem causa jurídica, por parte dos participantes que se retiram.

IX

De todo o exposto, parece-me lícito, articuladamente, deduzir, em conclusões finais, que:

- 1) a exata compreensão da Súmula nº 289, do Eg. Superior Tribunal de Justiça, se ressente da falta de referência legislativa, que seria de rigor, e da imprecisa generalidade da fundamentação dos acórdãos em que se apóia, onde são abstraídos de consideração os comandos sucessivos e específicos da Lei nº 6.435/77 (art. 42, V) e da Lei Complementar nº 109/01 (art. 14, III), a despeito de não haver sido posta, na mais leve dúvida, a constitucionalidade desses dispositivos;
- 2) as entidades fechadas de previdência complementar são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reguladas e fiscalizadas pelo Poder Público, dotadas da relevante finalidade

social de administrar planos de benefícios de natureza previdenciária acessíveis a determinados grupos de empregados;

3) seu traço característico é o mutualismo, ou seja, a relação multipolar entre os participantes, ao passo que parece haver sido ela encarada, nos julgados que originaram a Súmula nº 289, como se ali ocorresse uma relação jurídica bilateral, semelhante a ensejada por uma aplicação em instituição financeira, do que, certamente, aqui não se trata;

4) as consequências desse divórcio conceitual afetam, negativamente, as bases atuariais dos planos de previdência organizados segundo o sistema de capitalização (não de repartição), podendo, assim, conduzir à insuficiência das reservas, fundos e provisões e, daí, à exigência de contribuições extraordinárias, à intervenção e até à liquidação (artigos 19 e parag. único, 44 e 48 da Lei Complementar nº 108/01), em detrimento da massa dos participantes remanescentes e dos assistidos;

5) desde a sua origem (Lei nº 6.435/77, art. 42, V), e, atualmente, de acordo com o art. 202 da Constituição (E.C. nº 20/98), o regime da previdência privada complementar é o liame contratual, sob cuja égide foi regularmente convencionado o direito ao resgate, com a correção calculada pelos índices oficiais. O desprezo desses índices e o apelo a outro unilateralmente eleito por uma das partes (o ex-participante), contraria, a meu juízo, a garantia da proteção ao ato jurídico perfeito, inscrito, na Constituição (art. 5º, XXXVI) e no art. 6º, e § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil;

6) na hipótese dos depósitos do FGTS, o critério da atualização de seus saldos difere, frontalmente, do referente à correção do valor de resgate de contribuições das entidades fechadas de previdência, por ser aquele de caráter estatutário, cujo regime jurídico não gera direito adquirido (RE 226.855, RTJ 174/916) ao passo que é contratual a natureza dos planos de previdência, inclusive e especialmente no que toca à norma de cálculo do resgate (Lei nº 6.435/77, art. 42, V e Lei Complementar 109/01, art. 14, III);

No caso das cadernetas de poupança, o regime é de contratos renováveis pelo prazo de trinta dias, no curso de cada um dos quais foi determinada, pelo Supremo Tribunal, a observância do índice pactuado (RE 200.514, 1ª T, DJ 18-10-1996, entre muitos outros). Essa jurisprudência, de respeito à relação contratual, prestigia a tese deste parecer, acerca do cálculo do resgate, contratualmente devido aos ex-participantes dos planos de previdência fechada;

7) ocorre, efetivamente, um injustificável antagonismo entre os critérios até hoje prevaletentes, em juízo, para a correção dos ativos dos planos, de um lado, e do valor dos resgates, de outro. Resulta dessa distorção a quebra de isonomia entre participantes ou assistidos e os associados antecipadamente desligados, em prejuízo dos primeiros (C.F., art. 5º);

8) essa desigualdade atenta contra a Constituição, contra o caráter mutualista do plano de benefícios e contra a própria lógica do sistema, que é a da longa maturação.

A correção antecipada do resgate, em bases superiores às convencionadas, infringe o contrato celebrado entre as partes e a natureza jurídica da dívida (que é pecuniária e não de valor), provocando o enriquecimento, sem causa jurídica, do associado que, prematuramente, se afasta, em detrimento dos assistidos e daqueles que permanecem contribuindo, e resolvendo, assim, o aparente conflito ao arrepio da Constituição, da lei e do contrato e privilegiando, sobre o coletivo, o interesse individual.

Salvo melhor juízo.

Brasília, 14 de dezembro de 2004.

Luiz Octavio Gallotti

OAB-DF 553

REFERÊNCIAS

AMARAL FILHO, Léo do. **Previdência Privada Aberta**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BALERA, Wagner. **Sistema de seguridade social**. São Paulo: LTr, 2000.

BALERA, Wagner. **Comentários à Lei de Previdência Privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BARREIRA, Márcia da Silva. **A Solidariedade como Princípio Fundamental da Previdência**. Revista de Previdência, Ano 1, n. 1. Rio de Janeiro: Gramma, 2004.

BRASIL. Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS). **Livro branco da previdência social**. Brasília: MPAS/GM, 2002.

BRASIL. Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS). **Diálogo social e gestão participativa**. Brasília: MPAS/GM, 2002. Série Debates. Vol. 20.

BRASIL. Ministério da Previdência Social (MPS). **Coletânea de normas dos fundos de pensão**. Brasília: MPS, SPC, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 236 a 241 e 1.326 a 1.358.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo**. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CORREIA, Wilson Leite. Seguridade e Previdência Social na Constituição de 1988 . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n. 34, ago. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1431>>. Acesso em: 26 set. 2006.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Previdência Privada: Doutrina e Comentários à Lei Complementar n. 109/01**. São Paulo: LTr, 2004.

COSTA, Eliane Romeiro. **Previdência privada e fundos de pensão**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996.

COSTA, Eliane Romeiro. O benefício contratado na seguridade independente. **Revista da Previdência Social**, São Paulo: LTr, 2003.

CRETELLA JR., José. **Elementos de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DUARTE JR, Antônio M., VARGA, Gyorgy. **Gestão de Riscos no Brasil**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Financial Consultoria, 2003, p. 605 a 706.

FELIPE, J. Franklin Alves. **Curso de direito previdenciário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FONTOURA, Eduardo. **Mercado Financeiro: produtos e serviços**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005, p. 516 a 545.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 3 a 229.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 4ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

JORGE, Társis Nametala Sarlo. **Teoria Geral do Direito Previdenciário**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Curso elementar de direito previdenciário: conforme a legislação em vigor até abril de 2005**. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

LEMOES, Andreia Simões. **Planos de Previdência Complementar e alterações dos regulamentos: uma análise à luz do direito intertemporal**. Revista de Previdência, Ano 1, n. 2. Rio de Janeiro: Gramma, 2005.

MACÊDO, Manoel Moacir Costa. **Fundos de Pensão e Sociedade**. Goiânia: Scala Gráfica e Editora, 2006.

MAGNANI, Edison. **Contornos Jurídicos do Equilíbrio Atuarial, do Valor Real do Benefício e o Princípio da Proporcionalidade**. Revista de Previdência, Ano 1, n. 1. Rio de Janeiro: Gramma, 2004.

MARTINEZ, Wladimir Novaes, **Comentários à lei básica de previdência complementar**. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Fundamentos de direito da seguridade social**. São Paulo: Atlas, 2001.

MELO, Fernando Antônio Pimentel de. **Reflexões Sobre o Novo Modelo Previdenciário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Edições Consultor, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 162 a 186, 299 a 304, 1.950 a 1.957 e 2.028 a 2.076.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Contratos & Sociedade: Princípios de Direito Contratual**. Curitiba: Juruá, 2004.

OLIVEIRA, Anísio José de. **A Teoria da Imprevisão nos Contratos**. 3ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002.

OLIVEIRA, Aristeu de. **Manual prático da previdência social**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

OLIVEIRA, Aristeu de. **Reforma previdenciária comentada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Wagner Pinheiro. **Os Fundos de Pensão e os investimentos em Infra-Estrutura**. Revista de Previdência, Ano 1, n. 3. Rio de Janeiro: Gramma, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Declaração Unilateral de Vontade. Responsabilidade Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 148 a 167.

RABELO, Flávio Marcílio. **Novas fronteiras de investimento das entidades fechadas de previdência complementar**. Brasília: Ministério da Previdência e Assistência Social, Secretaria de Previdência Complementar, 2000.

RODRIGUES, Flávio Martins. **Fundos de pensão: temas jurídicos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODRIGUES, Flávio Martins. **Previdência complementar: Conceitos e elementos jurídicos fundamentais**. Revista de Previdência, Ano 1, n. 3. Rio de Janeiro: Gramma, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 9 a 92.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Luiz dos Santos da. **Gestão de Risco Atuarial e Financeiro: Uma Orientação Estratégica dos Fundos de Pensão.** Disponível em <http://www.ideas.org.br/biblio_mon_edu_fre.asp>. Acesso em: 12 jul. 2004.

SIMÕES, Fernando Nunes;MACÊDO, Manoel Moacir Costa. **O Direito Acumulado dos Participantes dos Fundos de Pensão.** Goiânia: Scala Gráfica e Editora, 2006.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. **Previdência Privada: Doutrina e Jurisprudência.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

VIEIRA, Marco André Ramos. **Manual de direito previdenciário.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.